UDC 34/35 : ISSN 0003-2565

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2014 /БРОЈ 1/ ГОДИНА LXII

Радови у овом часопису подлежу анонимној рецензији двоје рецензената које одређује Редакција

Ставови изражени у часопису представљају мишљење аутора и не одражавају нужно гледишта Редакције, која због њих не преузима одговорност

Издавач
Правни факултет Универзитета у Београду

Лектор и коректор
Марина Давидовић

Технички уредник
Јован Ђорђевић

Дизајн корица
С. І. В.

Слог и прелом
ДОСИЈЕ СТУДИО

Штампа
ДОСИЈЕ СТУДИО

UDC 34/35 : ISSN 0003-2565

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE

BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНЕ И ДРУШТВЕНЕ НАУКЕ | БЕОГРАД 2014 /БРОЈ 1/ ГОДИНА LXII

Анали Правног факултета у Београду

Година LXII, бр. 1/2014, стр. 1–272

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

УДК 343.352:336.225.68

Др Гордана Илић-Попов*

Др Дејан Поповић**

ПОРЕСКА СТРУКТУРА И КОРУПЦИЈА

У чланку се анализира утицај корупције, како административне, тако и коруптивног овладавања државом, на пореску структуру. Аутори су установили да постоји негативна корелација између степена корупције и висине ефективног пореског оптерећења, изолујући симултани, директно пропорционални утицај висине номиналног пореског оптерећења (која би могла да одражава државну интервенцију, иначе главни фактор корупције) на размере корупције. Утврђено је да су ефекти корупције на смањење учешћа појединих пореза у БДП различити, при чему је учинак на непосредне порезе, узете у целини, израженији. Начин утврђивања пореза значајно опредељује изложеност појединог фискалитета административној корупцији: она је већа код пореза који се утврђују решењем, где порески службеници и утврђују и контролишу порез, док код самоопорезивања и наплате по одбитку они само врше контролу. Коруптивно овладавање државом изражено је код пореза који су важни за утицајне корупторе. Тако су доношени закони који су онемогућавали опорезивање капиталних добитака или оштрије опорезивање дивиденди које се исплаћују у пореске рајеве, односно нису доношени прописи који би омогућили законом предвиђено опорезивање дохотка на основу индиција о богатству.

Кључне речи: *Пореска структура. Административна корупција. Коруптивно овладавање државом. Фактори корупције. Начини утврђивања пореза.*

1. УВОД

Пореска структура означава релативан значај пореских облика с аспекта прихода које дају. Термин „порез“ користимо тако да

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *gordana @ius.bg.ac.rs*.

** Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *dejan.popovic@ius.bg.ac.rs*.

обухвата порезе *stricto sensu* и доприносе за обавезно социјално осигурање.[1]

Корупција се у литератури дефинише на различите начине.[2] За потребе овог чланка узећемо Танцијеву (*Tanzi*) дефиницију, према којој корупција постоји уколико дође до намерног нарушавања начела непристрасности (принципа понашања „ван дохвата руке") при доношењу одлука у циљу присвајања неке погодности за себе или за неко повезано лице.[3] Корпуција је стара колико и држава, јер је државна интервенција од најранијих дана историје подразумевала различита административна ограничења,[4] која су доводила до стварања монопола и формирања ренте (прихода изнад опортунитетних трошкова), а корупција се може сматрати специфичним видом настојања да се рента присвоји.[5] Пажњу нам привлаче два њена облика: административна корупција и корупнивно овладавање државом.

Административна корупција је везана за спровођење прописа и може се, посматрано с аспекта кривичног права, појавити као: 1) право подмићивање (тј. примање, односно давање мита) – да би се, у оквиру службеног овлашћења, извршила службена радња која се не би смела извршити, или да се не изврши службена радња која би се морала извршити; и 2) неправо подмићивање – да би се, у оквиру службеног овлашћења, извршила службена радња која би се морала извршити, или да се не изврши службена радња која се не би смела извршити.[6]

Коруптивно овладавање државом (енг. *corruptive state capture*) подразумева правно недозвољени утицај привредних субјеката на државне политике, односно законске и подзаконске прописе.[7] Беговић указује на потребу да се дефиниција не заснива искључиво

[1] „OECD Classification of Taxes and Interpretative Guide", *Revenue Statistics of OECD Member Countries 1965 2000*, OECD, Paris 2001.

[2] За исцрпан преглед њених дефиниција, упор. Борис Беговић, *Економска анализа корупције*, ЦЛДС, Београд 2007, 49 и даље.

[3] Vito Tanzi, „Corruption: Arm's length Relationships and Markets", *The Economics of Organised Crime* (eds. Gianluca Fiorentini, Sam Peltzman), Cambridge University Press, Cambridge 1995, 161 180.

[4] Упор. John T. Noonan, Jr., *Bribes*, University of California Press, Berkley Los Angeles, 1984, 5 и 11.

[5] Johann Graf Lambsdorff, „Corruption and Rent Seeking", *Public Choice*, Vol. 113, October 2002, 98 99.

[6] Вид. више: Љубиша Лазаревић, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд 2006, 914 915 и 919.

[7] Joel S. Hellman, Geraint Jones *et al.,* „Seize the State, Seize the Day: State Capture, Corruption and Influence in Transition", *Policy Research Working Paper* 2444, The World Bank, Washington, D.C. 2000, 2; Б. Беговић, 100.

на правном критеријуму,[8] јер тај критеријум подразумева одређену одлуку законодавца (која може бити упитна), па настоји да Танцијев приступ, иницијално формулисан за потребе дефинисања административне корупције, прошири на коруптивно овладавање државом. Непристрасност при одређивању неке политике (нпр. код гласања народних посланика о предлогу каквог закона) подразумева идентичан однос посланика према свим гласачима, или бар према онима који су га изабрали, независно од њихових парцијалних интереса. Уколико се таква непристрасност нарушава у циљу „присвајања неке погодности“, ради се о коруптивном овладавању државом.[9] Међутим, наметање парцијалног интереса среће се и код лобирања, које је у начелу правно дозвољено и као такво транспарентно, а обухвата различите форме притиска на оне који формулишу државну политику (маркетиншке кампање и сл.). У државама попут Србије, у којима лобирање није правно уређено, тешко је повући јасну линију разграничења између коруптивног овладавања државом и лобирања. Понекад је, међутим, контекст такав да указује да се пре ради о лобирању него о коруптивном овладавању државом. Примера ради, у поступку доношења Закона о изменама и допунама Закона о порезу на доходак грађана у 2013. години, на предлог Владе да се адвокати (као и лекари и стоматолози) изузму из система паушалног опорезивања дохотка амандмане су поднели народни посланици владајуће Српске напредне странке и опозиционих странака – Демократске странке, Демократске странке Србије, Заједно за Србију, Либерално-демократске партије и Лиге социјалдемократа Војводине, тражећи да се задржи законска могућност да ове професије наставе да буду паушално опорезоване. Упркос отпору министра финансија[10] и неслагању надлежног скупштинског одбора, Влада је прихватила амандман посланика Српске напредне странке (не и идентично формулисане амандмане три опозициона посланика), а Народна скупштина га је усвојила, уз гласове и појединих опозиционих посланика.[11] Тако су међу пореским обвезницима који нису у стању да воде пословне књиге или којима њихово вођење отежава обављање делатности[12] остали и адвокати, док су народни посланици показали сасвим неуобичајену „саборност“ по овом питању.

Циљ овог чланка је да анализи подвргне утицаје корупције на пореску структуру, како би се установило који су порески облици по-

8 Б. Беговић, 101 фн. 28.

9 *Ibid.*, 101 102.

10 *http://www.otvoreniparlament.rs/2013/05/24/479421/page/5/*, 24.1.2014.

11 *http://www.otvoreniparlament.rs/2013/05/29/ 483615/*, 24.1.2014.

12 Чл. 40 Закона о порезу на доходак грађана ЗПДГ, *Службени гласник РС*, бр. 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06, 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11, 93/12, 114/12, 47/13, 48/13 и 108/13.

себно осетљиви на њу, што би омогућило да се формулишу одређене порескополитичке измене у функцији борбе против корупције.

2. УТИЦАЈИ КОРУПЦИЈЕ НА ПОРЕСКО ОПТЕРЕЋЕЊЕ

Укупно пореско оптерећење представља удео пореза у бруто домаћем производу (даље: *БДП*) неке државе или групе држава. У земљама у развоју оно је ниже (најчешће у зони између 20% и 25%[13]), док је у развијеним државама веће – просек у 2011. години за OECD је износио 34,1%,[14] а за Европску унију (даље: *ЕУ*) 40,0%.[15] Висина пореског оптерећења је у позитивној корелацији са *per capita* БДП, али и други фактори имају улогу у одређивању нивоа пореског оптерећења (заступљеност елемената државе благостања, присуство државне интервенције и социјалистичког наслеђа, ефикасност пореске администрације, вредносни однос према пореској евазији и др.), што објашњава разлике између држава сличног степена развијености (нпр. Данска – 48,6%; Швајцарска – 28,4%), као и релативно високо пореско оптерећење у Србија (35,6%[16]).

Негативне последице корупције по фискалну одрживост могу се сажети у опасци да „корупција може да корумпира".[17] Наиме, док се код незаконите евазије корист у виду неплаћања дугованог пореза постиже радњама или пропуштањима сâмог пореског обвезника, евазија уз корупцију подразумева „сарадњу" обвезника – коруптора и пореских органа, односно доносилаца пореских прописа. Уколико се корупцијом у опорезивању постиже да порески обвезник не плати порез у висини коју би захтевале стварне размере његовог дохотка, имовине или потрошње, могло би се очекивати да евазија у кратком року умањи буџетске приходе, док би на дуги рок коруптивни амбијент угрозио правну сигурност, „растерао" могуће инвеститоре, смањио алокативну ефикасност (јер се порески обвезници који уредно подмирују своје обавезе суочавају са вишим пореским стопама у условима ерозије пореске основице[18]), повећао размере сиве

[13] *Government Finance Statistics Yearbook*, International Monetary Fund, Wash ington, D.C. 2008.

[14] OECD. StatExtracts, *http://stats.oecd.org/*, 9.1.2014.

[15] Eurostat. Statistics in Focus, 55/2012, *http://epp.eurostat.ec.europa.eu/*, 9.1. 2014.

[16] *Билтен јавних финансија*, децембар 2012.

[17] Jens Andvig, Karl Ove Moene, „How Corruption May Corrupt", *Journal of Economic Behavior & Organization* 1/1990, 63 76.

[18] Вишак оптерећења код пореза на зараде (S) директно је пропорционалан квадрату пореске стопе (t): $S \quad ½ \cdot t^2 \cdot \eta_u \cdot w \cdot L$, где η_u означава компензовану еластич

економије, искривио пореску структуру и даље слабио порески морал, што би све умањивало потенцијал привреде да генерише јавне приходе.

У неколико емпиријских истраживања објављених на крају XX века понуђени су аргументи у прилог тези да земље са вишим степеном корупције имају, *ceteris paribus*, мање учешће наплаћених пореских прихода у БДП, будући да је ефективно пореско оптерећење ниже, јер део средстава завршава код корумпираних пореских службеника.[19] Беговић ипак упозорава да између држава које су узете као узорак постоје значајне разлике у пореским приходима, што је „последица различитих номиналних пореских оптерећења", која, пак, „могу да буду корелирана са корупцијом, будући да повећана пореска оптерећења представљају виши ниво државне интервенције, а ... пораст тог нивоа доводи, односно може да доведе до вишег нивоа корупције."[20] И обрнуто: при нултом номиналном пореском оптерећењу, не би ни било корупције.

Поједини аутори, попут Мукерџија (*Mookherjee*), заступају став да корупција може деловати на смањење пореске евазије, јер могућност да се договоре о миту с обвезницима који избегавају да плате порез мотивише корумпиране порезнике да улажу веће напоре у откривање евазије. Порески обвезници ће то антиципирати, па ће отуда незаконита пореска евазија постати мање привлачна (зато што расте вероватноћа да ће бити откривена), а порески приходи могу се увећати. На логици да ће могућност договора о миту стимулисати радни напор корумпираних пореских службеника и тако побољшати наплату јавних прихода заснивала се идеја, својевремено примењена у Гани,[21] да се службеницима пореске администрације генерално понуди систем бонуса у виду процента од наплате који би им остајао. Корумпираним службеницима би овакав бонус учинио мито мање привлачним, јер би се морали одрећи (дела) бонуса ако остваре мању наплату пореза пошто су подмићени. Но, Фјелдстад (*Fjeldstad*) и Тун-

---

ност понуде рада, а wL производ сатнице и броја радних сати. Упор. Palle Schelde Anderson, *Direct versus Indirect Taxes. A Survey*, Institute of Economics, Aarhus 1971, 15 16 и 53.

[19] Vito Tanzi, Hamid R. Davoodi, „Corruption, Growth, and Public Finances", *Working Paper* 182, International Monetary Fund, Washington, D.C. 2000, 15; Eric Fried man, Simon Johnson *et al.,* „Dodging the Grabbing Hand: The Determinants of Unofficial Activity in 69 Countries", *Journal of Public Economics*, Vol. 76, June 2000, 459 493.

[20] Б. Беговић, 341.

[21] Sheetal K. Chand, Karl O. Moene, „Controlling Fiscal Corruption", *Working Paper* 100, International Monetary Fund, Washington, D.C. 1997, 8 9. Донекле сличан покушај учињен је и у Србији у периоду 2003 2012. Вид. чл. 170, ст. 2 Закона о по реском поступку и пореској администрацији ЗППА, *Службени гласник РС*, бр. 80/02.

годен (*Tungodden*)[22] указују да ово не значи да ће се обим корупције смањити, јер постојање бонуса ојачава позицију корумпираног пореског службеника у преговорима око мита са пореским обвезником, што му обезбеђује већи износ мита.[23] Фјелдстад и Тунгоден, с правом, не прихватају Мукерџијев приступ који у разматрање узима само могући пораст пореских прихода у условима јачања позиције корумпираних пореских службеника, сматрајући да он занемарује дугорочне ефекте пораста корупције на висину пореских прихода и на легитимност државе.[24]

Све у свему, констатујемо да постоји негативна корелација између степена корупције и ефективног пореског оптерећења. Међутим, будући да државна интервенција представља основни фактор настанка корупције, не може се пренебрегнути повратни утицај висине пореског оптерећења на размере корупције, јер, поновимо, државна интервенција може бити у директној сразмери са висином номиналног пореског оптерећења. Закључујемо, дакле, да симултано дејствују две узрочно-последичне везе – од номиналног пореског оптерећења ка степену корупције (где постоји директна пропорционалност) и од степена корупције ка ефективном пореском оптерећењу (где постоји индиректна пропорционалност), при чему је ова друга веза предмет наше даље анализе.

3. УТИЦАЈИ КОРУПЦИЈЕ НА ПОРЕСКУ СТРУКТУРУ

Пореска структура зависи од бројних чинилаца, од којих издвајамо: висину *per capita* БДП, флексибилност пореских облика у контексту фискалног вучења, структуру радне снаге, удео пољопривреде у БДП, образовни ниво становништва и могућности коришћења информационих технологија, начин финансирања социјалне сигурности, опредељење бирача између ниских пореза и високе социјалне сигурности, степен отворености привреде, карактер државног уређења, припадност ЕУ, историјски развој и традицију.[25] Међутим, овде нас интересује на који начин корупција опредељује структуру пореза у држави.

[22] Odd Helge Fjeldstad, Bertil Tungodden, „Fiscal Corruption: A Vice or a Vir tue?", *CMI Working Paper* 13/2001, 3.

[23] Што је већа вероватноћа да ће се евазија открити и санкционисати, већа је и „премија ризика" коју порески службеник уграђује у цену „услуге" коју пружа об везнику, тј. у мито. Упор. Гордана Илић Попов, „Опорезивање и корупција", *Право и привреда* 5 8/2006, 954.

[24] O. Fjeldstad, B. Tungodden, 3 4.

[25] Дејан Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, COLPI и Савремена администрација, Београд 1997, 491 494.

3.1. Утицаји административне корупције

Административна корупција у опорезивању је функција понуде и тражње одређених „услуга“ које порески службеници бивају спремни да пруже пореском обвезнику по одређеној цени.[26] На страни тражње у овој трансакцији налазе се порески обвезници, а на страни понуде пореска администрација. Предмет такве трансакције чине две врсте „услуга“:

- непријављивање незаконите пореске евазије (нпр. „затварање очију“ у случају откривања нерегистроване делатности, непријављеног дохотка или имовине или превисоко исказаних трошкова; намеран превид неких чињеница приликом провере пословних књига и друге документације; одлагање пореске контроле како би порески обвезник добио на времену да отклони пропусте; утврђивање нижег износа паушалног пореза на доходак и др.;
- обезбеђивање привилегованог третмана у добијању редовних услуга: најчешће у погледу брзине и ефикасности (нпр. убрзање повраћаја претходног пореза код пореза на додату вредност /даље: *ПДВ*/ и сл.), али и намерно временско пролонгирање код предузимања неких управних радњи, рецимо, код обраде пореске пријаве за годишњи порез на доходак грађана и достављања решења о утврђеном порезу, одређивање мере привремене забране вршења делатности у што краћем трајању, у оквиру законског рока „до 60 дана“, одобравање максималног одлагања плаћања пореског дуга у оквиру законског рока од „најдуже до 24 месеца“ и др.).

Поједини порески облици, *ceteris paribus*,[27] различито реагују на административну корупцију, јер им је начин утврђивања различит. За административну корупцију постоји шири простор у ситуацијама када се порез утврђује решењем (годишњи порез на доходак грађана, паушални порез на приходе од самосталне делатности, порез на имовину ако обвезник не води пословне књиге, порез на пренос апсолутних права, порез на наслеђе и поклон, као и ПДВ и акцизе код увоза), јер тада порески, односно царински службеници не само да контролишу, већ и утврђују порез. Код пореза по одбитку (нпр. по-

---

[26] О цени корупције и о трансакционим трошковима корупционог уговора, упор. Konstantin Pashev, *Corruption and Tax Compliance. Challenges to Tax Policy and Administration*, Center for the Study of Democracy, Sofia 2005, 19; Б. Беговић, 225 и даље.

[27] Из анализе смо апстраховали разлике у реаговању на корупцију до којих долази због висине пореске стопе, природе сâмог пореског облика, околности да ли су обвезници пореза правна или физичка лица и др.

рез на доходак грађана на зараде, дивиденде, камате и друге приходе где исплатилац води пословне књиге и порез на приходе које резидентно правно лице исплаћује нерезидентима), као и у случајевима самоопорезивања (ПДВ у домаћим трансакцијама, акцизе на домаће акцизне производе, порез на добит правних лица, порез на доходак грађана на приходе од самосталне делатности, порез на доходак грађана на капиталне добитке, порез на имовину ако обвезник води пословне књиге) могућност корупције постоји само код пореске контроле. У Пореској управи, управама јавних прихода јединица локалне самоуправе и Управи царина срећу се и други видови корупције (нпр. у јавним набавкама, приликом запошљавања и др.), па би се зато облици корупције везани за утврђивање, наплату и контролу пореза могли назвати „пореском административном корупцијом“.[28] Но, имајући у виду циљ овог рада, „не-порески“ видови корупције су *per definitionem* апстраховани, те нема потребе да се придржавамо поменуте дистинкције.

Горе установљена негативна корелација између степена корупције и висине пореског оптерећења добила је емпиријску потврду у истраживању које су спровели Танци и Давуди (*Davoodi*)[29] на узорку од око 90 држава, подељених у две групације – развијене земље и земље у развоју.

Економетријска анализа прво је, у складу с очекивањима, показала да је повећање индекса корупције[30] за 1 процентни поен повезано са смањењем укупног пореског оптерећења, и то за 2,73 процентна поена (веза је статистички сигнификантна на нивоу од 1%), те да је раст корупције праћен смањењем прихода код свих пореских облика. При томе, пад учешћа у БДП директних пореза (за 1,8 процентних поена) већи је од пада учешћа у БДП индиректних пореза (за 1,2 процентна поена). Јачи утицај корупције на директне порезе него на индиректне значи и да се прогресивност пореског система умањује.

Како су размере корупције у земљама у развоју веће него у развијеним државама, утицај корупције на директне порезе у земљама у развоју снажнији је него у развијеним земљама. Танци и Давуди овај закључак додају на листу објашњења због чега индиректни порези преовлађују над директним порезима у земљама у развоју.[31] Ови аутори, међутим, не нуде објашњење зашто корупција снажније смањује учешће директних пореза у БДП. Рашчлањена анализа, спроведена у

---

28 K. Pashev, 17.

29 V. Tanzi, H. R. Davoodi, 16 21.

30 Мерење корупције засновано је на ICRG (*International Country Risk Guide*) и BI (*Business International*) индексима перцепције корупције.

31 V. Tanzi, H. R. Davoodi, 20.

односу на поједине облике директних, односно индиректних пореза, пружа одговор на ово питање.

Међу директним порезима, корупција има статистички сигнификантну везу (на нивоу од 1%) са порезом на доходак физичких лица: 1 процентни поен раста корупције повезан је са 0,63 процентна поена пада прихода по основу овог пореза.[32] Овом налазу Танција и Давудија додали бисмо да у земљама у развоју, када су у питању директни порези, преовлађују порески облици који се утврђују решењем (посебно паушални порези), што ће, имајући у виду њихову већу осетљивост на корупцију, допринети сразмерно већем паду прихода. Поред тога, код пореза на зараде, размере непријављивања запослених у земљама у развоју много су веће (најважнији облик корупције састоји се у намерном пропуштању да се у пореској контроли установи ово непријављивање), тако да наплата пореза по одбитку не даје онакве ефекте као у развијеним економијама.

У државама у којима је пореска администрација недовољно ефикасна и подложнија корупцији (а то су, опет, мање развијене земље), посебан вид административне корупције јавља се као невршење службене радње која би се морала извршити код примене уговора о избегавању двоструког опорезивања – опет у домену пореза на доходак. Да је такав случај забележен и у Србији постоје јаке индиције. Наиме, правно лице регистровано на Кипру (*Hemslade Trade*), којим се ефективно управља из Србије, није било подвргнуто српском порезу на добит предузећа на капитални добитак остварен фебруара 2005. године од продаје акција у банци – резиденту Србије (*Делта банка*), иако чл. 4, ст. 3 Уговора о избегавању двоструког опорезивања између Србије и Кипра[33] предвиђа да ће се, ако је лице, осим физичког, резидент обе државе уговорнице према законима тих држава,[34] сматрати да је резидент само државе у којој се налази његово место стварне управе (енг. *place of effective management*). Надаље, чл. 13, ст. 4 истог уговора прописује да се приходи од отуђења имовине (нпр. акција)[35] опорезују само у држави уговорници чији је резидент лице које је отуђило имовину.[36] Тако је удео пореза на капиталне добитке

[32] *Ibid.*, 19.

[33] *Службени лист СФРЈ Међународни уговори*, бр. 2/86.

[34] Чл. 2, ст. 2 Закона о порезу на добит предузећа, *Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 43/03 и 84/04 (који је важио у моменту продаје акција банке) прописује да је резидентни обвезник правно лице које је основано или *има седиште стварне управе и контроле* на територији Републике.

[35] Осим прихода од отуђења имовине наведене у чл. 13, ст. 1 3 овог угово ра.

[36] Овај случај није (до сада) кривичноправно процесуиран, тако да је замис лив контра аргумент да се није могло доказати да се место стварне управе компаније *Hemslade Trade* налази на територији Србије.

остао мањи у пореској структури. У нешто измењеним политичким околностима (марта 2011. године), исти продавац је продао уделе у другом привредном друштву – резиденту Србије (*Делта Макси*), али се продавчев власник „обавезао“ да порез на капитални добитак плати српским пореским властима. Да се не би отворило питање због чега у случају из 2005. године није примењен порески уговор између Србије и Кипра, прибегло се следећој правној конструкцији: кипарски *Hemslade Trade* основао је привредно друштво у Србији (*Delta Capital*) и у њега уложио највећи део удела у *Делта Максију*, а затим је то друштво продало уделе белгијском друштву *Delhaize Group*.

Када су у питању доприноси за обавезно социјално осигурање, будући да порез на зараде, који се наплаћује по одбитку, учествује са више од 75% у приходима од пореза на доходак физичких лица,[37] не изненађује да слична статистички сигнификантна веза (на нивоу од 1%) постоји између корупције и доприноса: 1 процентни поен раста корупције повезан је са 0,92 процентна поена пада прихода по основу ове дажбине,[38] која се такође наплаћује по одбитку.

Код пореза на имовину, где доминирају порези на непокретности, 1 процентни поен раста корупције повезан је са 0,05 процентних поена пада прихода, уз статистички сигнификантну везу на нивоу од 5%.[39] Ову релативно слабу осетљивост на корупцију објашњавамо околношћу да су порези на непокретности локални приходи, на које се односи Оутсова (*Oates*) теза да јединице локалне самоуправе конкуришу једна другој у привлачењу пореских обвезника, што доводи до економски ефикасног решења (максимална јавна потрошња уз дато пореско оптерећење у локалној заједници),[40] у којем нема места за корупцију. Тиме се већим делом потире дејство корупције у поступку валоризације пореске основице и евидентирања непокретности.

Корупција се није показала у статистички сигнификантној вези са порезом на добит правних лица и порезима на платни списак.[41] Разлози се налазе у околности да је у земљама у развоју фискални значај великих, капитално-интензивних фирми (најчешће филијала или огранака нерезидентних компанија) врло приметан, а те фирме своје пословање најчешће реализују кроз регуларне финансијске токове, што олакшава опорезивање и потире стварну негативну корелацију између корупције и наплате пореза. У привредном амбијенту Србије,

37 *Билтен јавних финансија*, децембар 2012.

38 V. Tanzi, H. R. Davoodi, 19.

39 *Ibid*.

40 Wallace E. Oates, „An Essay on Fiscal Federalism“, *Journal of Economic Literature* 3/1999, 1122 и даље.

41 V. Tanzi, H. R. Davoodi, 19.

међутим, оне немају такву важност, па се може очекивати да ће раст корупције деловати на пад учешћа у БДП и ове две дажбине.

Прелазећи на терен индиректних пореза, корупција има статистички сигнификантну везу (на нивоу од 1%) са ПДВ и осталим општим порезима на промет: 1 процентни поен раста корупције повезан је са 0,79 процентних поена пада прихода по основу ових пореза. Међутим, како регресија у моделу Танција и Давудија не контролише висину законских стопа ПДВ (које су у већини развијених земаља високе и додатно подстичу на евазију и коруптивна понашања), размере пада могу бити и веће.[42]

Код ПДВ присуство бројних одступања од „неутралне" структуре (снижене стопе, пореска ослобођења са правом на одбитак претходног пореза и без тога права и сл.) ствара простор за лобирања различитих интересних група, која лако могу да прерасту у корпуцију. Сем тога, једино се утаја ПДВ, захваљујући институту претходног пореза,[43] може претворити у профитоносан подухват, чији је непосредан резултат *de facto* увећање богатства пореског обвезника у односу на постојеће стање, праћено погоршањем биланса државе у једнаком износу.[44] Када су у питању облици незаконите евазије ПДВ, поменимо, *inter alia*, неосновано истицање претходног пореза (нпр. коришћењем лажних фактура), потпуно или делимично непријављивање промета (нпр. у случају „фантомских фирми", иза којих се налазе лица којима је тешко ући у траг), као и за јединствено тржиште ЕУ карактеристичне „рингишпил" трансакције.[45] Евазиони потенцијал ПДВ у том смислу подстиче корупцију, јер наведене трансакције претпостављају учешће корумпираних пореских, односно царинских службеника, што се све неповољно одражава на наплату прихода.

Супротно очекивањима, корупција се није показала у статистички сигнификантној вези са царинама.[46] Међутим, ствари су друкчије него што то регресија показује. У потрази за објашњењем

[42] *Ibid.*, 19 20 и 20 фн. 18.

[43] Размере повраћаја претходног пореза могу бити велике: нпр. у Француској су 40%, у Ј. Кореји 50%, а у Шведској 80% од нето наплате ПДВ. Вид. Liam Ebrill *et al.*, *The Modern VAT*, IMF, Washington, D. C. 2001, 157.

[44] Милош Милошевић, *Незаконита евазија пореза на додату вредност* (док торска дисертација), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 42.

[45] У једноставном примеру, дистрибутер из једне државе чланице испору чи добра „фантомској фирми" у другој држави чланици, сагласно пропису без обрачунавања ПДВ, а ова их прода другом обвезнику у тој држави, не пријављујући ПДВ (јер ће благовремено нестати). Тај други обвезник затим препрода добра прво битном дистрибутеру, остварујући повраћај претходног пореза по основу фактуре коју му је испоручила „фантомска фирма", па је све спремно за следећи круг на рин гишпилу.

[46] V. Tanzi, H. R. Davoodi, 19.

овог парадокса, Беговић је констатовао да је у земљама у развоју, услед неизграђене пореске администрације, учешће царина у БДП више него у развијеним државама, при чему ове прве карактерише висока корупција, те се отуда ствара лажна корелација којом са растом корупције расту и приходи од царина у БДП; та лажна корелација поништава стварну негативну корелацију између корупције и прихода од царина која се може очекивати, па стога долази до везе која није статистички значајна.[47]

Висока корупција на царини не утиче само на учешће прихода од царина у пореској структури, него и на учешће два друга пореска облика – ПДВ и акциза, с обзиром на то да код увоза те дажбине утврђује царински орган, за разлику од „домаћих ситуација", код којих се ПДВ и акцизе утврђују самоопорезивањем. Део ефеката „царинске корупције" тако је већ оцењен кроз учинак корупције на ПДВ, чијих се преко 50% прихода наплаћује при увозу.[48] Напомињемо да, за разлику од царина и акциза наплаћених при увозу, ПДВ наплаћен на увоз добара која за обављање делатности купују обвезници ПДВ може бити одбијен као претходни порез приликом каснијих испорука које врше ти обвезници, што донекле може створити разлике у мотивацији коруптора.

Када су у питању акцизе, Танци и Давуди су установили статистички сигнификантну везу (на нивоу од 5%) између раста корупције и смањења учешћа акциза у БДП (–0,23).[49] Поновимо да се акцизе на домаће акцизне производе утврђују самоопорезивањем од стране пореског обвезника, а код увоза од стране царинског органа, што може објаснити непостојање парадокса забележеног код корелације између корупције и царина.

3.2. Утицаји коруптивног овладавања државом

Код *коруптивног овладавања државом*, методолошки је важно сазнање да размере те појаве нису нужно функција броја привредних субјеката укључених у овакав подухват, јер „у екстремном случају, један моћни монопол може генерисати много виши ниво овладавања државом него већи број мање моћних фирми које конкуришу у поткупљивању државних званичника."[50] Отуда је у емпи-

47 Б. Беговић, 342.

48 У Србији 68% (упор. *Билтен јавних финансија*, децембар 2012); у земљама у развоју из узорка Међународног монетарног фонда у просеку 55% (упор. L. Ebrill *et al*., 49).

49 V. Tanzi, H. R. Davoodi, 19.

50 J. S. Hellman, G. Jones *et al*., 8.

ријским истраживањима потребно у обзир узети не само број привредних субјеката ангажованих у овладавање државом, него и размере утицаја на све привредне субјекте овладавања државом које је део тих субјеката остварио. Као индикатори овог вида корупције узимају се размере непосредних ефеката на следеће активности: куповине гласова народних посланика; куповине подзаконских аката; куповине судских пресуда у кривичним и привредним поступцима;[51] недозвољеног давања прилога политичким странкама и изборним кампањама; и злоупотребе средстава од стране централне банке.[52] Коруптивно овладавање државом може довести до неефикасне пореске структуре, чиме се подижу вештачке баријере у пословању, што не само да еродира пореску основицу, него и отвара већи простор за административну корупцију.

Имајући у виду линију разграничења према лобирању, коруптивно овладавање државом може се, пре свега, очекивати у регулисању пореских облика који су важни за утицајне корупторе, нпр. цедуларних пореза на приходе од капитала и на капиталне добитке, глобалног пореза на доходак физичких лица и пореза на добит правних лица. Неколико примера из српске пореске политике указују на утицај овог вида корупције на пореску структуру.

Тешко се друкчије него као нарушавање непристрасности у циљу обезбеђења пореских погодности одређеним пореским обвезницима може разумети опредељење предлагача закона, односно законодавца да децембра 2004. године измени норму чл. 75 ЗПДГ,[53] која се примењивала од 1.7.2001. године, која је предвиђала да се „за потребе утврђивања капиталног добитка од продаје права, удела или хартија од вредности које је обвезник стекао поклоном набавном ценом сматра цена по којој је поклонодавац стекао то право, удео или хартију од вредности.“ Наиме, почев од 1.1.2005. године почело се примењивати решење по којем се, ако је право, удео или хартију од вредности обвезник стекао поклоном, набавном ценом сматра тржишна цена права, удела или хартије од вредности која је узета или је могла бити узета као основица пореза на пренос апсолутних права у моменту њиховог стицања од стране обвезника.[54] Поклонопримац, дакле, плаћа порез само на оно увећање вредности имовине које је настало док је она била у његовом власништву, при

[51] Наводећи куповину судских пресуда као облик коруптивног овладавања државом, Хелман (Hellman), Џонс (Jones) *et al.* превиђају да се, осим у *common law* системима, таквом куповином не може утицати на креирање правног оквира, те да се ту пре ради о административној корупцији.

[52] J. S. Hellman, G. Jones *et al.*, 8.

[53] *Службени гласник РС*, бр. 24/01.

[54] Чл. 42 Закона о изменама и допунама ЗПДГ, *Службени гласник РС*, бр. 135/04.

чему капитални добитак, остварен у времену када је поклоњена имовина била у поседу поклонодавца, бива изузет од опорезивања. Тиме је *вољом законодавца* широм отворен простор за избегавање пореза на капитални добитак, јер је власнику имовине, чијом би продајом био остварен капитални добитак подложан опорезивању, пружена могућност да је поклони сроднику из првог наследног реда или брачном другу (како би се избегао порез на поклон), који ће је одмах затим продати уз капитални добитак једнак нули (разлика између продајне цене и тржишне цене која представља основицу пореза на промет апсолутних права на дан када је поклонопримац–продавац ту имовину стекао). Овакво обесмишљавање пореза на капитални добитак физичких лица изазвало је одређену „нелагоду" код надлежних органа: Централни регистар хартија од вредности до 11.4.2005. године није прекњижио око 70 уговора о преносу акција по основу поклона, сумњајући да се ради о симулованим правним пословима, у очекивању става Комисије за хартије од вредности; међутим, Комисија је дала мишљење да се једино у судском поступку може ценити ништавост правног посла (уговора о поклону),[55] а „фискално деструктивна" норма новелираног чл. 75 ЗПДГ несметано је примењивана све до средине 2006. године, чинећи приходе по основу пореза на капитални добитак физичких лица занемарљивим. Када је Министарство финансија (предлагач поменуте норме) одлучило да запуши овај отвор кроз који су се одливали порески приходи, оно је пропустило да искористи једини могући правни пут – да предложи измену закона, већ је донело мишљење у којем се, потпуно *contra legem*, износи став да је, за сврху одређивања капиталног добитка, набавна цена акција (јер се питање односило само на акције) стечених уговором о поклону између брачних другова, односно крвних сродника у правој линији из првог наследног реда, односно када је поклонопримац из првог наследног реда или брачни друг поклонодавца једнака нули.[56] Министарство финансија се позвало на општу одредбу чл. 74, ст. 1 ЗПДГ да се, за сврху одређивања капиталног добитка, набавном ценом сматра цена по којој је обвезник стекао право, удео, или хартију од вредности, односно цена коју је утврдио порески орган, која је једнака нули у случају поклона, а превиђа *lex specialis* норму чл. 75, ст. 1 ЗПДГ, која дерогира опште правило о утврђивању набавне цене и, поновимо, прописује да се, ако је право, удео или хартију од вредности обвезник стекао поклоном, набавном ценом сматра тржишна цена те имовине која је узета или је могла бити узета као основица пореза на пренос апсолутних права у мо-

[55] Мишљење Комисије за хартије од вредности, бр. 5/0 18 860/5 05 од 12.4.2005. године.

[56] Мишљење Министарства финансија РС, бр. 414 00 118/2006 04 од 18.7. 2006. године.

менту њиховог стицања од стране обвезника–поклонопримца. Пореска управа је применила ово мишљење и пореском обвезнику утврдила капитални добитак у апсурдном износу једнаком продајној цени; тек је у управном спору суд наложио примену чл. 75, ст. 1 ЗПДГ[57] – наравно, и даље на штету фискалног интереса државе, јер *dura lex, sed lex*.[58] Међутим, Министарство финансија пропушта да предложи одговарајућу измену норме све до септембра 2012. године, када се коначно усваја нова формулација чл. 75, ст. 1 ЗПДГ, која се примењује од 6.10.2012. године, која је у основи иста као она из 2001. године (набавном ценом се сматра цена по којој је поклонодавац стекао право, удео или хартију од вредности[59]). Готово осам година у Србији је, барем у овом сегменту, државом овладавала група физичких лица која су продавала непокретности, права интелектуалне својине, уделе и хартије од вредности, што је утицало на смањење учешћа пореза на капиталне добитке у пореској структури.

На терену пореза на добит правних лица, у сивој зони између лобирања и овладавања државом, налази се без икаквог образложења спроведена измена у Нацрту закона предложених стопа пореза по одбитку на приходе које оствари нерезидентно правно лице из јурисдикције са преференцијалним пореским системом (даље: *ЈППС*): код прихода по основу ауторских накнада, камата, накнада по основу закупа непокретности и покретних ствари и накнада по основу услуга стопа је са 47% снижена на 25%, а код дивиденди са 32% на 20%. Иако је у јавној расправи (октобра 2012. године) дата подршка предложеном оштром опорезивању прихода које резидентна правна лица исплаћују примаоцима у ЈППС,[60] на крају је усвојена стопа пореза по одбитку на исплате прихода у такве јурисдикције од 25%, која је за само 5 процентних поена виша од „стандардне" стопе пореза по одбитку, при чему код дивиденди не постоји ни та разлика.[61]

Изгледа да се овладавање државом среће и на терену подзаконске регулативе. Примера ради, чл. 61 ЗПППА предвиђа да порез на доходак грађана не може бити мањи од износа израчунатог на основу формуле по којој се одређени индекси примењују на факторе који представљају индиције луксузног животног стила пореског об-

57 Пресуда Врховног суда Србије, У 9152/07 од 19.6.2008. године.

58 Овако, с правом, закључује Светислав В. Костић, „Опорезивање капитал них добитака физичких лица остварених продајом имовине стечене поклоном", *Правни живот* 10/2006, 919.

59 Чл. 5 Закона о изменама и допунама ЗПДГ, *Службени гласник РС*, бр. 93/12.

60 *http://www.mfin.gov.rs/newsitem.php?&id 8377&change lang ls*, 28.1.2014.

61 Чл.18 Закона о изменама и допунама Закона о порезу на добит правних лица, *Службени гласник РС*, бр. 119/12.

везника (нпр. луксузни станови, луксузна путничка моторна возила, јахте, ваздухоплови и др.), при чему је Влада дужна да ближе уреди примену методе за утврђивање ове формуле. За 11 година примене ЗППА, подзаконски акт није донет, те норма о индицијарној методи за утврђивање минималног пореза на доходак грађана није могла бити примењена.

4. ЗАКЉУЧАК

Корупција у пореском систему представља озбиљан проблем за сваку државу, пошто не само да нарушава фискалну одрживост, већ изазива и дисторзије у расподели пореског терета, чиме угрожава друштвену кохезију. Због смањених прихода у буџету, цену корупције, у крајњој инстанци, плаћају грађани, при чему се губи поверење у основне институције државе и додатно подрива спремност да се прихвате реформе.

Анализа је показала да корупција мења и пореску структуру. Пошто су на корупцију посебно осетљиви порези који се утврђују решењем пореског органа, једна од порескополитичких мера у функцији борбе против административне корупције требало би да буде веће ослањање на самоопорезивање. Код утврђивања по одбитку, неопходно је интензивирање пореске контроле, јачање унутрашње контроле у Пореској управи и увођење електронског пријављивања пореза по одбитку. Размере од стране државе одобреног неплаћања пореза (кроз мировање пореског дуга, у поступку реструктурирања субјеката приватизације и у стечајном поступку) захтевају снажан притисак јавности који би генерисао чврст политички став према овој врсти пореске корупције.

Корпуцији у опорезивању погодују и често нејасне и непрецизне формулације пореских норми, чиме се ствара простор за арбитрарно тумачење и примену прописа. Давање могућности за дискреционо одлучивање пореским службеницима у случајевима који су уређени законом додатно подстиче административну корупцију. Сем тога, компликованост пореског поступка и бројност пореских олакшица (нарочито код ПДВ) погодују корупцији, па би анти-коруптивна стратегија требало да се заснива на промени ових карактеристика пореског система.

Закључимо да пореска структура настаје као продукт интервенције државе, а управо је државна интервенција основни фактор корупције. Отуда је, да би се очували порески приходи, подложни коруптивној ерозији, потребно применити порескополитичке мере чији је заједнички именилац сужавање простора за дискрецију, чиме

ће се смањити корист од корупције за корупторе. Међутим, важно је спроводити и оштрију казнену политику, која би, уз увећане изгледе да ће се кривична дела примања и давања мита открити, допринела да се корупција учини неисплативом. Но, пошто корупција постоји и у полицији и правосуђу не може се избећи песимистичан закључак да друштво у којем није успостављена функционална владавина права неће моћи да се до краја избори са пореском корупцијом.

Dr Gordana Ilić-Popov

Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

Dr Dejan Popović

Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

TAX STRUCTURE AND CORRUPTION

Summary

In the article an analysis of the impact of corruption, both administrative and state capture, on the tax structure is carried out. The authors established a negative correlation between the degree of corruption and the height of the effective tax burden, while isolating a simultaneous directly proportional impact of the nominal tax burden (which could reflect state intervention – the main corruption factor) on the scope of corruption. The effects of corruption on the decrease of individual taxes' share in GDP are diversified, with impact on direct taxes as a whole being more observable. The mode of tax assessment significantly determines exposure of certain tax to the administrative corruption: it is generally larger in case of taxes assessed by the decision of the competent tax officials who are carrying out both assessment and audit, while in the case of self-assessment and withholding they just perform audits implying limited exposure to corruption. Corruptive state capture is present in the case of taxes which are important for influential corruptors. That is why in Serbia laws preventing taxation of capital gains or heavier taxation of dividends and other income paid to non-residents located in the tax havens were adopted, while by-laws which should have enabled implementation of prescribed lump sum taxation based on external signs of wealth have not been enacted. The authors concluded that the anti-corruption strategy should rely on

the increasing role of self-assessment, which could reduce the room for administrative corruption. Unclear and imprecise formulations of the tax norms facilitate corruption, because they create room for arbitrariness in interpretation and implementation of the laws and by-laws. It is therefore necessary to surpress discretion, simplify tax procedure and diminish the number of tax reliefs.

Key words: *Tax structure. – Administrative corruption. – Corruptive state capture. – Corruption factors. – Modes of tax assessment.*

УДК 343.225(497.11)

Др Наташа Делић[*]

ДЕЛО МАЛОГ ЗНАЧАЈА И СТВАРНО КАЈАЊЕ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ

Аутор у раду разматра однос између института дело малог значаја и стварног кајања, односно питање могућности да се код последичних кривичних дела у случају стварног кајања учиниоца сматра да је испуњен услов за приме ну института дело малог значаја који се састоји у томе да су последице кри вичног дела незнатне. У датом контексту, прво су анализирани услови за при мену дела малог значаја и констатовано је да је у питању институт чија при мена је оправдана искључиво у случају тзв. багателних кривичних дела. Након тога, институт стварног кајања разматран је како са материјалноправног, тако и са процесноправног аспекта, који у суштини представља примену на чела опортунитета кривичног гоњења. Потом је указано на сличности које на плану регулисања овог института постоје између решења у српском и немач ком законодавству. Закључено је да питање конкуренције материјалноправних и процесноправних института којима се остварује иста сврха растерећење кривичног правосуђа, а с обзиром на природу њихове функционале везе, увек треба решавати у корист примене одредаба материјалног кривичног права. Међутим, уколико, као у случају дела малог значаја, за тако нешто постоји криминално политичко оправдање, онда по узору на друга европска кривична законодавства, треба размишљати у правцу укидања датог института кри вичног права и потпунијег афирмисања одговарајућих, тзв. диверзионих про цесноправних механизама.

Кључне речи: *Кривични законик Србије. Дело малог значаја. Стварно кајање. Начело опортунитета.*

1.УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Као што је познато, у кривичном законодавству наше земље је још од Општег дела Кривичног законика из 1947. године па све до

[*] Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *ndelic@ius.bg.ac.rs*.

доношења Кривичног законика Србије из 2006. године био прихваћен материјално-формални појам кривичног дела у којем је друштвена опасност имала статус основног/обавезног/суштинског елемента.[1]

Једна од последица прихватања материјално-формалног појма кривичног дела јесте и прописивање незнатне друштвене опасности као законског основа за искључење постојања кривичног дела. Основна функција овог института била је корективна, и то у смислу елиминисања из круга кривичним законом забрањених понашања, оних која према свом реалном значају том кругу не припадају.[2] У погледу правне природе овог законског инструмента углавном је било прихваћено схватање да се примењује у оним случајевима када и поред постојања противправности и одређености кривичног дела у закону, кривично дело ипак не постоји јер је посебна друштвена опасност тако мала да одузима делу карактер кривичног дела, тј. друштвена опасност је у толикој мери незнатна да нема оправдања за кажњавање.[3]

Уважавајући евидентну потребу да се правни механизми реаговања на криминалитет перманентно усклађују са етичким и моралним принципима и да у датом контексту кривично право и његово законодавство треба да прате прогресивне процесе и тековине савремене кривичноправне доктрине, Кривични законик Србије из 2006. године, у складу са начелима правне сигурности и законитости, усваја формални објективно-субјективни појам кривичног дела, у којем друштвена опасност нема значај основног елемента општег појма кривичног дела, већ се посматра као материјална страна предвиђености у закону.[4] Сходно томе, укинут је и инсти-

[1] Материјално формални општи појам кривичног дела у основи је почивао на класичном појму кривичног дела који потиче из старије немачке доктрине. Без обзира на предности које има, а то су једноставност и прегледност, временом је овај појам застарео и еволуирао у неокласични општи појам кривичног дела који карактерише то што се у основи задржавају основни елементи класичног појма кривичног дела. Међутим, у погледу садржине ових елемената, евидентне су знатне разлике, настале као резултат афирмације телеолошког приступа у догматици кривичног права. Н. Делић, „Општи појам кривичног дела у КЗС“, у: *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, Трећи део,* Београд 2009, 227.

[2] Љ. Радуловић, „Незнатна друштвена опасност“, *Анали Правног факултета у Београду*, Београд, 1991/4, 408.

[3] Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, *Кривично право, Општи део,* Београд 1996, 177.

[4] Како се истиче, материјална страна предвиђености у закону подразумева друштвену опасност, друштвену штетност, шкодљивост датог понашања. Она је феноменолошки израз кривичног дела као квантитативне друштвене категорије, резултатски исказ волумена неповољности дела по друштво, односно израз социјалне, заштитне функције кривичног права. Н. Делић (2009), 237.

тут незнатне друштвене опасности и уведен институт дело малог значаја.[5]

2. ДЕЛО МАЛОГ ЗНАЧАЈА

Иститут дело малог значаја предвиђен је у члану 18, став 1 КЗ у којем стоји да није кривично дело оно дело које, иако садржи обележја кривичног дела, представља дело малог значаја. Одредбом става 2 овог члана прописано је да је дело малог значаја ако је степен кривице учиниоца низак, ако су штетне последице одсутне или незнатне и ако општа сврха кривичних санкција не захтева изрицање кривичне санкције. Најзад, став 3. предвиђа да се одредбе ст. 1 и 2 овог члана могу применити на кривична дела за која је прописана казна затвора до пет година или новчана казна.

Сходно законском тексту, кривичноправни значај дела малог значаја састоји се у томе што искључује постојање кривичног дела. С обзиром на то да је овај институт уведен као „замена“ за незнатну друштвену опасност, тј. за институт који је по својој природи био „везан“ за друштвену опасност као материјални елемент општег појма кривичног дела, сасвим логично намеће се питање који елемент у оквиру формалног објективно-субјективног појма кривичног дела искључује дело малог значаја.

Сматра се да иако правна природа и дејство овог института нису толико јасни (као код нужне одбране и крајње нужде) могуће је бранити став да је овде реч о основу који искључује противправност у материјалном смислу.[6] Како се наводи, свако дело које је апстрактно оцењено као људско понашање које угрожава основе функционисања једног друштва може у конкретном испољавању да оде изван оних оквира који заснивају кривично неправо у материјалном смислу. Криминална зона код једног броја кривичних дела не може номотехнички прецизно да се изрази, због чега апарат кривичног правосуђа може бити покренут и када квантум штетности дела то не заслужује. У таквом случају (ако до кривичног поступка дође) суд може под законом прописаним условима да примени институт дело малог значаја.[7] Другим речима, иако у конкретном случају неко чињенично стање

5 Вид. Н. Делић, „Незнатна друштвена опасност и дело малог значаја“, у: *Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније, Правни, економски и социолошки аспекти, Прилози пројекту 2005,* Београд 2006, 365 383.

6 З. Стојановић, *Кривично право, Општи део,* Београд 2014, 144.

7 И. Вуковић, „Важне новине у одређивању општег појма кривичног дела у Предлогу Кривичног законика Србије“, у: *Казнено законодавство: прогресивна или регресивна решења*, Београд 2005, 108.

може у потпуности бити подведено под законски опис одређеног кривичног дела, чиме је истовремено остварен и елемент предвиђености у закону, мали значај конкретног дела указује на недостатак кривичне противправности у материјалном смислу. Међутим, с обзиром на изричиту кривичноправну норму која каже да није кривично дело оно дело које је малог значаја, реч је о основу који у нашем законодавству искључује и формалну кривичну противправност. То не значи да је искључена противправност уопште јер дело може остати противправно с аспекта неке друге гране права.[8]

Институт дело малог значаја се према релеватној законској одредби примењује уколико су кумулативно испуњена три услова, с тим што је други услов постављен алтернативно. Први услов је да је степен кривице учиниоца низак, други, да су штетне последице одсутне или незнатне и трећи услов јесте да општа сврха кривичних санкција не захтева изрицање кривичне санкције.

2.1. Низак степен кривице учиниоца

У питању је услов који је изведен из одредбе члана 54, став 1 КЗ у којем су дате најважније околности које суд мора узети у обзир приликом редовног одмеравања казне, тј. одмеравања казне које се креће у оквирима прописаним за одређено кривично дело. У том смислу, прва наведена околност јесте „степен кривице учиниоца кривичног дела“ и она, као и друге предвиђене околности, у зависности од тога на који начин је реализована у конкретном случају, може имати карактер олакшавајуће или отежавајуће околности. С обзиром на начин на који је законодавац формулисао ову околност у контексту услова за примену института дело малог значаја, јасно је да је потребно да је у конкретном случају реч о олакшавајућој околности.

Наиме, кривица је с обзиром на своју природу подложна степеновању јер су урачунљивост, умишљај, односно нехат и свест о противправности (стварна или потенцијална) као компоненте кривице подложне степеновању. Отуда је приликом процене да ли је степен кривице учиниоца низак значајно најпре који облик кривице постоји у конкретном случају, умишљај – као редовни облик кривице или нехат – као изузетак. Осим тога, степеновање се може вршити и у оквиру појединих облика кривице, у зависности од интензитета свести и воље код умишљаја, односно степена непажње код нехата. Такође за степеновање кривице могу бити значајне и компулзивна сила и претња, док је код урачунљивости и свести о противправно-

[8] З. Стојановић (2014), 145. Упор. Д. Корошец, М. Амброж, „Нова решења у Кривичном законику Словеније и искуства у њиховој примени са посебним освртом на кривичну одговорност правних лица“, у: *Нова решења у кривичном законодавству и досадашња искуства у њиховој примени,* Златибор 2006, 279.

сти могућност за степеновање кривице нешто мања. Најзад, битно смањена урачунљивост и отклоњива правна заблуда, код које се може степеновати могућност и дужност да се има знање о забрањености дела, уколико у конкретном случају не доведу до ублажавања казне, такође могу утицати на то да степен кривице буде нижи, односно могу имати значај олакшавајуће околности. На крају, како се наводи, степеновање кривице могло би се вршити и на нормативном плану, односно вредносном смислу, што захтева ширу оцену која се заснива на субјективним околностима кривичног дела и то не само оних који као конститутивни елементи улазе у кривицу већ и оних који директно утичу на одмеравање казне.[9]

2.2. Одсутне или незнатне штетне последице

Овај услов је преузет из института незнатне друштвене опасности и његово прописивање код дела малог значаја говори у прилог закључку да је примена датог института могућа код свих кривичних дела, независно од њихове природе (наравно, уколико је испуњена претпоставка везана за њихову тежину, односно за предвиђену казну), што значи како код материјалних – последичних кривичних дела, с тим што се последица с обзиром на околности датог случаја може оценити као незнатна, тако и код формалних – делатносних кривичних дела и покушаја код којих не наступа последица, као и код кривичних дела која за последицу имају апстрактну опасност. Овде је реч о последици кривичног дела у ужем, правом смислу. То је последица која је неопходна за постојање кривичног дела из разлога што представља конститутивни елемент његовог бића. Последицу у ужем смислу треба разликовати од последице у ширем смислу која погађа заштитини објект и која превасходни значај има приликом процене друштвене опасности неког понашања.

2.3. Општа сврха кривичних санкција не захтева изрицање кривичне санкције

Општа сврха кривичних санкција одређена је у члану 4, став 2 КЗ као сузбијање дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством. Према томе, општа сврха кривичних санкција јесте остваривање заштитне функције кривичног права и у том смислу она је истоветна са основним циљем кривичног права, а то је да се путем генералне и специјалне превенције сузбијају понашања којима се повређују или угрожавају најзначајнија добра и вредности. Остварење овог услова у конкретном случају у великој мери зависи од процене суда. Иако се чини да наведени услов не

[9] З. Стојановић (2014), 318 319.

би требало да буде споран, ипак треба рећи и то да, као што је већ наведено, формулација става 1 члана 18 КЗ у целини посматрано недвосмислено указује на закључак да је дело малог значаја основ који искључује противправност кривичног дела, док прописивање датог трећег услова имплицира да је интенција законодавца била и да дело малог значаја, осим као основ који искључује противправност, третира још и као посебну појавну форму кривичног дела у његовом тоталитету, обухватајући у таквом појму све објективне и субјективне околности, тј. како околности које се односе на само дело, тако и околности које се односе на кривицу, али и исто тако све друге околности које утичу на кажњавање.

Најзад, одредбом става 3 члана 18 КЗ прописано је да се институт дело малог значаја може применити на кривична дела за која је предвиђена казна затвора до пет година или новчана казна.

До доношења Закона о изменама и допунама кривичног законика из 2009. године[10] могућност примене института дело малог значаја била је ограничена на кривична дела за која је прописана казна затвора до три године или новчана казна. Дато решење било је у складу са правном природом овог института будући да је његов смисао првенствено у томе да искључи постојање кривичног дела само у оним случајевима у којима га ни законодавац не би предвидео као кривично дело да је за то имао легислативно-техничких могућности. Суштина је у томе да када би се дато дело испољавало једино у таквим, изузетно лаким облицима, не би имало онај ниво криминалне супстанце који би оправдавао његово инкриминисање као кривичног дела. Како се наводи, увођење могућности примене овог института и на тежа кривична дела, тј. кривична дела код којих је прописана казна затвора до пет година (или новчана казна), представља корак уназад ка превазиђеном институту незнатне друштвене опасности.[11] Ово пре свега, када се има на уму да институт дело малог значаја своју улогу треба да остварује искључиво на подручју ситног, багателног криминалитета јер се његовом применом судском одлуком ослобађа сваке одговорности лице које је остварило кривично дело у објективно-субјективном смислу. То значи да у таквом случају изостаје било какав вид друштвеног прекора иако је кривично дело учињено. Отуда би дело малог значаја, као основ који искључује постојање кривичног дела, требало, као и до сада, примењивати искључиво код лакших кривичних дела и то само у оним случајевима када се на основу датих објективних и субјективних околности недвосмислено може

[10] „Службени гласник РС“, број 72/09.

[11] З. Стојановић (2014), 147. Вид. З. Стојановић, „Казнена политика у Србији: сукоб законодавца и судске праксе“, у: *Казнена реакција у Србији, Други део*, Београд, 2012, 11 12.

закључити да било какав вид друштвеног прекора не би био оправдан. У осталим случајевима адекватније би било реаговати неким другим инструментима који укључују и одговарајући вид друштвеног прекора, попут казне рад у јавном интересу или условне осуде и судске опомене.

Уколико нашу пажњу поново усмеримо на други услов који је потребан за примену института дело малог значаја, можемо да видимо да у случају последичних кривичних дела оцена испуњености датог услова првенствено зависи од природе кривичног дела и представља фактичко питање.

У датом контексту може поставити питање да ли треба сматрати да је испуњен услов „да је последица незнатна" у случају када је учинилац отклонио штетне последице, прецизније речено, ако је у конкретном случају учињено кривично дело за које је прописана казна затвора до пет године (или новчана казна), а учинилац тог дела отклони штетне последице уз испуњење свих услова за примену института стварног кајања. Тачније, питање које се овде поставља јесте да ли се код последичних кривичних дела у случају стварног кајања учиниоца може сматрати да је испуњен други услов за примену института дело малог значаја.[12]

Одговор на постављено питање нужно захтева шири контекст разматрања који подразумева анализу института стварног кајања како са материјалноправног, тако и са процесноправног аспекта.

[12] Питање значаја стварног кајања учиниоца се у кривичноправној доктрини постављало и у вези са применом института незнатне друштвене опасности. У том смислу, у теорији наилазимо на мишљења да је „несумњиво да моменат накнаданог отпадања штетне последице доприноси томе да се изведе закључак о незнатној друштвеној опасности" (B. Zlatarić, *Elementi jugoslovenskog krivičnog prava*, Загреб 1963, 29), односно, да „стварно кајање може да има значај како при оцени значаја дела, тако и у односу на одсутност или незнатност штетних последица, до чега управо и долази услед стварног кајања" (Ђ. Ђорђевић, „Стварно кајање", *Југословенска ревија за кривично право и криминологију*, Београд, 1990/4, 38). Поводом овог питања у судској пракси поводом наилазимо на различита становишта. Тако, примера ради, Окружни суд у Београду у својој одлуци Кж. 474/94 наводи да „околности да су ствари које су биле предмет крађе враћене оштећеном и да окривљени нису осуђивани су околности које не могу имати утицаја при оцени да ли се ради о незнатној друштвеној опасности" (И. Симић, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Друга књига,* Београд 1998, 10). Супротно томе, исти суд у одлуци Кж. 810/02 закључује да је „првостепени суд правилно утврдио да радње окривљених нису довеле до штетних последица с обзиром на то да су одузете столице враћене, а према извештају оштећеног њихова књиговодствена вредност је нула". Билтен Окружног суда у Београду, Београд, 2003/60, 5 6.

3.СТВАРНО КАЈАЊЕ

Услови за примену стварног кајања, које је у наше кривично законодавство као општи институт[13] унето 2006. године,[14] предвиђени су одредбом члана 58, став 3 КЗ.

Према законском тексту, суд може ослободити од казне учиниоца кривичног дела за које је прописана казна затвора до пет година, ако после извршеног кривичног дела, а пре него што је сазнао да је откривен, отклони последице дела, или надокнади штету проузроковану кривичним делом.

Сходно томе, за примену стварног кајања као основа за ослобођење од казне потребно да су испуњени следећи услови: а) да је реч о извршеном/довршеном кривичном делу за које је прописана казна затвора до пет година; б) да је учинилац отклонио последице дела или надокнадио штету проузроковану кривичним делом и в) да је то учинио пре него што је сазнао да је откривен.

Стварно кајање је понашање учиниоца кривичног дела после довршеног кривичног дела којим отклања последицу. То значи да се учинилац кривичног дела не ограничава само на формалне изјаве о свом кајању већ својим делањем заиста и отклања последицу кривичног дела.

У основи, постојање овог института првенствено се оправдава криминално-политичким разлозима. На овај начин се учинилац кривичног дела подстиче/мотивише да отклони зло које је нанео његовим извршењем. Једном речју, оно што се жели постићи јесте да се у интересу веће заштите одређених правних добара учинилац стимулише да сам отклони из кривичног дела произашлу повреду датог добра, чак и уз „цену" његовог ослобођења од казне.

Када је у питању први услов за примену института стварног кајања – да је реч о извршеном кривичном делу за које је прописана казна затвора до пет година, може се видети да је примена овог института, са једне стране, условљена формалном претпоставком, а то је тежина извршеног кривичног дела, односно запрећена казна, а са друге стране, довршеним кривичним делом. Сходно томе, треба нагласити да је стварно кајање могуће само/искључиво код довршеног

[13] До тада је само у посебном делу кривичног законодавства стварно кајање било предвиђено код једног реалтивно малог броја кривичних дела као околност на којој се заснива могућност блажег кажњавања или ослобођења од казне.

[14] Стварно кајање било је предвиђено у члану 59 КЗ заједно са још једним новим основом за ослобођење од казне, а то је поравнање учиниоца и оштећеног. Вид. Н. Делић, „Поравнање учиниоца и оштећеног као основ за ослобођење од казне", у: *Казнено законодавство: прогресивна или регресивна решења,* Београд 2005, 289 303.

кривичног дела и да стога овај институт не треба мешати са институтом добровољног одустанка.

Подсећања ради, код добровољног одустанка (чл. 32 КЗ), нарочито код добровољног одустанка од свршеног покушаја такође постоји, условно речено, „нека“ врста стварног кајања, само што се оно састоји у спречавању наступања последице, док је код стварног кајања, у правом смислу те речи, наступање последице претпоставка за његову примену. Оно што чини доњу границу добровољног одустанка истовремено чини и горњу границу стварног кајања, а то је довршеност кривичног дела.[15]

Други услов за примену института стварног кајања јесте да је учинилац отклонио последице дела или надокнадио штету проузроковану кривичним делом. Законодавац као релевантно узима како стварно кајање у ужем, тако и стварно кајање у ширем смислу. Стварно кајање у ужем смислу подразумева отклањање последице дела, а може се састојати у отклањању последице и успостављању ранијег стања, или у поништењу произведене негативне ситуације, или у отклањању настале опасности, или у стварању услова и омогућавању другима да то учине. У ширем смислу, као посебан вид стварног кајања може се сматрати и накнада штете.[16] Дакле, да би остварило своје кривичноправно дејство стварно кајање заиста мора бити „стварно“, тј. мора се манифестовати кроз сврсисходно и ефикасно ангажовање учиниоца кривичног дела које резултира отклањањем настале последице, јер је то смисао овог кривичноправног института.

При томе, треба нагласити да стварно кајање подразумева да сам учинилац кривичног дела отклони последице. Отуда, не постоји стварно кајање ако је отклањање последице извршило треће лице без знања учиниоца или чак мимо његове воље. Али се узима да стварно кајање постоји ако је отклањање последице извршило треће лице које је ангажовао учинилац кривичног дела јер је у том случају отклањање последице резултат воље самог учиниоца. То значи да стварно кајање постоји ако је отклањање последице извршило треће лице али на заузимање, и уз лично пожртвовање, учиниоца кривичног дела, и то у оним случајевима када се он налазио у стварној немогућности да то сам учини.[17]

Стварно кајање треба разликовати од личног кајања које се углавном састоји од изражавања кајања и жаљења због учињеног кривичног дела али, за разлику од стварног кајања, код личног кајања нема отклањања последице кривичног дела.[18]

---

15 И. Симовић Хибер, *Добровољни одустанак у кривичном праву*, Докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1987, 463.

16 Ђ. Ђорђевић (1990), 32.

17 *Ibid.,* 20.

18 *Ibid.*, 34.

Трећи услов за примену института стварног кајања јесте да је учинилац кривичног дела отклонио последице или надокнадио штету проузроковану кривичним делом пре него што је сазнао да је откривен, тј. да је то учинио благовремено. Супротно томе, предузимање неке од наведених активности након што је учинилац кривичног дела сазнао да је откривен нема значај стварног кајања.

Иако се у законском тексту не наводи, треба рећи да је за примену института стварног кајања потребно да буде испуњен још један услов, а то је да стварно кајање буде добровољно. То значи да је учинилац кривичног дела сам одлучио да отклони последицу кривичног дела. Стога, неће постојати стварно кајање ако је учинилац на отклањање последице био принуђен деловањем трећих лица или насталим околностима.

Оцену добровољности треба вршити према околностима под којима је до отклањања последице дошло. Отклањање последице кривичног дела може се сматрати добровољним када је одлука о томе била резултат слободног самоопредељења учиниоца. За њено доношење, при томе, не смеју бити одлучујући спољни чиниоци. Потребно је да доношење одлуке не зависи искључиво од спољних околности, што значи да ако је до доношења одлуке дошло услед симултаног деловања унутрашњих импулса и спољних фактора, за оцену добровољности је потребно утврдити шта је у конкретном случају имало претежни утицај на одлуку учуниоца: да ли његове „унутрашње снаге“ или спољне сметње. Што се тиче унутрашњих импулса, општеприхваћен је став да за добровољност није битно да ли су побуде учиниоца моралне природе, јер стварно кајање не мора бити кајање у морално-етичком смислу те мотиви могу бити веома различити.[19]

Будући да законодавац у институт стварног кајања не уноси квалификатив добровољности могло би се поставити питање да ли је на дати начин поступио зато што се добровољност као услов овде подразумева или, супротно, зато што сматра да појам добровољности уопште није неопходан јер апсолутна добровољност не постоји ни у психолошком смислу, односно вољна радња је увек покренута и усмерена одређеним мотивима, а мотив настаје у вези са спољном околношћу или се базира на унутрашњем психофизиолошком надражају.[20]

---

[19] Група аутора, редактор Љ. Лазаревић, *Коментар Кривичног закона СРЈ,* Београд, 1995, 123 124. На сличан начин је добровољност дефинисана и у старијој литератури. Вид. M. Dolenc, *Tumač Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Загреб 1930, 80; Б. Милојковић, *Коментари Општег Казненог законика,* Београд 1919, 189 и Ђ. Карајовановић, *Коментар Општег Кривичног законика,* Београд 1930, 162.

[20] З. Стојановић, „Одустанак од извршења кривичног дела и питање добро вољности“, *Правни живот,* Београд, 1978/1, 38. Упор. В. Камбовски, „Субјективна

Ако пођемо од чињенице да се у Посебном делу Кривичног законика код појединих кривичних дела код којих је институт стварног кајања прописан, по правилу, изричито захтева да оно у конкретном случају мора бити и добровољно, могло би се закључити да законодавац само у тим случајевим инсистира на његовој субјективној компоненти, док би у случајевима када се овај институт примењује на основу опште норме кривичног права, у обзир могло да дође чак и отклањање последице дела које је било „недобровољно", тј. оно које је у потпуности било опредељено деловањем спољних околности.

Мишљења смо да законодавац, ипак, није имао намеру да предузме овако радикалан захват и предвиди могућност ослобођења од казне и за случајеве отклањања последице кривичног дела које није било добровољно, већ да је квалификатив добровољности изоставио у намери да на тај начин избегне да се у пракси испуњеност овог услова утврђује на исти начин као и код добровољног одустанка, јер је у нашој правној теорији и судској пракси овај појам дефинисан неадекватно, тј. преуско, што у великој мери сужава, ако не и искључује могућност примене института који у себи садрже квалификатив добровољности.[21]

Отуда сматрамо да је интенција законодаваца несумњиво била та да добровољност код стварног кајања задржи, што је сасвим логично јер она произлази из саме природе овог института, али и да пружи могућност за шире тумачење овог појма и тиме обезбеди већи простор за његову примену, што је у складу са једним од полазних ставова савременог хуманистички орјенитасног кривичног права да суд приликом одлучивања о казни треба да узме у обзир не само зло које је настало извршењем кривичног дела већ и позитивна ангажовања учиниоца која су резултирала отклањањем његове последице.

Овде надаље треба рећи и то да постоји одређена веза између одредбе члана 58, став 3 КЗ и одредбе члана 284 Законика о кривичном поступку из 2011. године, у којој је прописано да у случају кривичних дела за која је предвиђена казна затвора до три године, јавни тужилац може одбацити кривичну пријаву, ако је осумњичени, услед стварног кајања, спречио наступање штете или је штету у потпуности већ надокнадио, а јавни тужилац, према околностима случаја, оцени да изрицање кривичне санкције не би било правично. У овом случају, одредбе члана 51, став 2 законика које се односе на приговор оштећеног неће се примењивати.

Према томе, када је у питању кривично дело за које је предвиђена казна затвора до три године, јавни тужилац може (не мора) одбацити

страна одустанка од извршења кривичног дела, појам добровољности", *Југословенска ревија за криминологију и кривично право,* Београд, 1975/2, 243.

21 Вид. И. Симовић Хибер (1987), 349 350.

кривичну пријаву у два случаја: првом – ако је учинилац спречио наступање штете и другом – ако је учинилац у потпуности већ надокнадио штету. Иако законодавац не врши потребно разликовање и обе релеватне ситуације подводи под појам стварног кајања, треба рећи да у случају када је учинилац спречио наступање штете није у питању институт стварног кајања, већ институт добровољног одустанка, који, као што је напред речено, за разлику од стварног кајања, по природи ствари претпоставља недовршено кривично дело. Осим објективног услова који се односи на тежину кривичног дела и услова који се односи на понашање самог учиниоца кривичног дела – да је добровољно донео одговарајућу одлуку и у складу са њом спречио наступање штете или отклонио забрањену последицу, потребно је још и да је јавни тужилац проценио да изрицање кривичне санкције не би било правично. Како се истиче, под условом који подразумева да санкционисање (кажњавање) не би било правично треба разумети да оно с обзиром на околности датог случаја не би било сврсисходно.[22]

Уколико су испуњени законом предвиђени услови, тада се „цела ствар завршава" већ у преткривичном поступку, одбацивањем кривичне пријаве, при чему оштећеном не припада право на приговор. У пракси, најчешће је реч о различитим ситуацијама у којима је дошло до измирења и успостављања нормалних односа између учиниоца и пасивног субјекта (оштећеног) што значи да би интервенција државе била само контрапродуктивна. Треба нагласити, да уколико су испуњени сви наведени услови, јавни тужилац може одбацити кривичну пријаву чак и када пасивни субјект (оштећени) не прихвата овакав исход.[23]

У процесноправном смислу овде се ради о примени начела опортунитета које представља изузетак у односу на начело легалитета кривичног гоњења којим се по правилу руководи јавни тужилац. Начело опортунитета подразумева обавезу јавног тужиоца да предузме гоњење када су испуњени сви законски стварни и правни услови и ако је то у датом случају целисходно. И начело легалитета и начело опортунитета искључују кривично гоњење ако нису испуњени сви законски услови. Оба начела такође, установљавају обавезу кривичног гоњења. Разлика је само у томе, што код начела легалитета дата обавеза наступа аутоматски, по испуњењу законских услова, а код начела опортунитета, после претходне оцене целисходности. Другим речима, код начела опортунитета обавеза кривичног гоњења се изводи из процене самог органа гоњења. То значи да начело опортунитета омогућава негоњење, уколико то захтева јавни интерес,

[22] М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2012, 55.

[23] Г. П. Илић, М. Мајић, С. Бељански, А. Трешњев, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд 2013, 607.

иако су испуњени сви законски услови. Језгро начела опортунитета чини дискрециона оцена јавног тужиоца, која се не сме свести на арбитрерност и самовољу, већ захтева уважавање одређеног јавног интереса.[24]

Надаље, како се наводи у релевантној литератури, у основи оваквог решења егзистира тзв. диверзија која се дефинише као моћ скретања кривичног поступка са типичног пута и примена неких других мера, а не кривичних санкција.[25] У конкретном случају, дата „моћ“ лежи у рукама тужилачког органа на основу чије одлуке долази до непокретања кривичног поступка. Диверзија је настала као резултат потраге за мање принудним средствима сузбијања криминалитета, која су усмерена пре свега на ублажавање тензија које произлазе из конфликта учиниоца и средине, која нуде бољи одговор на очекивања пасивног субјекта (жртве) и поред осталог, минимализују улогу кривичног правосуђа. Примарни циљ диверзије јесте супституисање кривичног поступка и кривичних санкција ефикаснијим и/или хуманијим мерама према учиниоцима и смањење хроничне преоптерећености система правосуђа. Диверзија представља коректив доминантне криминалне политике која захтева акцију, односно реакцију од стране суда увек када је повређена кривичноправна норма, која овде изостаје иако су испуњени сви услови. Идеја диверзије се осим у опортунитетским процесним законодавствима, афирмисала и у земљама које прихватају начело легалитета кривичног гоњења у којима она има правно покриће у законом изричито предвиђеним одступањима од владајућег начела легалитета.[26]

Након свега реченог, јасно је да је примена дате процесноправне одредбе о стварном кајању далеко повољнија за учиниоца кривичног дела, јер тада, за разлику од примене материјалноправног института стварног кајања који претпоставља покренут, односно довршен кривични поступак и доношење осуђујуће пресуде, овде до покретања кривичног поступка уопште ни не долази.

Када је реч о институту стварног кајања као основу за ослобођење од казне треба имати на уму још две чињенице.

Прву – да је могућност ослобођења од казне, поред осталог, условљена и тиме да је учинилац кривичног дела отклонио последице дела или надокнадио штету проузроковану кривичним делом пре него што је сазнао да је откривен.

[24] С. Бркић, *Кривично процесно право II*, Нови Сад 2013, 76.

[25] Z. Stojanović, „Krivično pravo i drugi oblici reakcije na društveno opasna pona šanja“, *Naša zakonitost*, Zagreb, 940. и З. Стојановић, „Стратегија остваривања сврхе кривичног права“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 2008/3 4, 186 187.

[26] С. Бркић, *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме,* Нови Сад 2004, 148 149.

И другу – да пошто се одредба члана 284 Законика о кривичном поступку примењује само у случају кривичних дела за која је прописана казна затвора до три године, а одредба члана 58, став 3 КЗ, којим је регулисан институт стварног кајања, код кривичних дела за која је прописана казна затвора до пет година, дата кривичноправна одредба би одговарајући значај могла да има само када су у питању кривична дела за која је прописана казна затвора у трајању од три до пет година. Ово из разлога што се оправдано може претпоставити да би код кривичних дела за које је прописана казна затвора до три године, по правилу, примарно долазило до примене одредбе члана 284 Законика о кривичном поступку, што је, као што смо нагласили, за учиниоца кривичног дела далеко повољније.

Сматрамо да није на одмет рећи и то да је законодавац одредбу члана 58, став 3 КЗ формулисао по узору на решење из немачког законодавства.

Наиме, у Кривичном законику СР Немачке (StGB) у параграфу 46а, који носи назив „поравнање између учиниоца и оштећеног, накнада штете", у ставу 2 прописано је да уколико је учинилац кривичног дела оштећеном надокнадио штету у потпуности или већим делом, у случају када накнада штете захтева (претпоставља) нарочито залагање или лично одрицање, суд му може, у складу са одредбом параграфа 49, став 1 ублажити казну (границе за ублажавање) или га ослободити од казне уколико је у питању кривично дело за које је прописана казна затвора до једне године или новчана казна до 360 дневних глоба.

У немачкој доктрини се наводи да смисао дате одредбе јесте у томе да се учинилац кривичног дела путем могућег ублажавања или ослобођења од казне подстакне да отклони последице кривичног дела или надокнади штету коју је кривичним делом проузроковао. При томе, ова могућност погодује не само учиниоцу кривичног дела већ и пасивном субјекту (оштећеном), јер је за њега сврсисходнија од строгог кажњавања учиниоца. За примену дате одредбе, према ставу судске праксе, није битно да ли је до отклањања штетних последица или накнаде штете од стране учиниоца дошло на његову иницијативу или на захтев пасивног субјекта (оштећеног), али у сваком случају, независно од мотива, то мора бити добровољан поступак учиниоца кривичног дела. Такође, у обзир се узима и то да ли је учинилац дату одлуку донео одмах након учињеног кривичног дела или знатно касније, нпр., када је на њега пала сумња да је учинио кривично дело. Иако има и мишљења (Блезингер /*Blesinger*/) да наведену одредбу не треба примењивати у случају пореских кривичних дела, преовлађује став да њена примена није ограничена врстом кривичних дела.[27]

[27] A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar,* München 2001, 745 746.

Може се рећи да је смисао дате одредбе којом је предвиђено да накнада штете од стране учиниоца кривичног дела, која је по својој природи таква да од њега захтева нарочито залагање и лично одрицање, даје могућност ублажавања, односно ослобођења од казне, а посебно услова који су постављени у односу на накнаду штете, јесте превасходно у томе да се избегне фаворизовање оних учинилаца кривичних дела који су у могућности да накнаду штете изврше без икаквог личног оптерећења. Наиме, сматра се да није довољно само то да учинилац накнади штету и на тај начин адекватном компензацијом „обезбеди" себи могућност ублажавања, односно ослобођења од казне, већ је потребно да личним залагањем и личним одрицањем недвосмислено покаже вољу, односно спремeност да за своје дело преузме пуну одговорност. Само такво понашање учиниоца може да представља довољан допринос поновном успостављању правне равнотеже која је нарушена извршеним кривичним делом, и само тада је оправдана евентуална „благонаклоност" суда приликом његовог кажњавања. Став судске праксе је да се под „личним залагањем" може сматрати, рецимо, лична брига коју учинилац исказује за пасивног субјекта (оштећеног) или обимни послови које обавља током свог слободног времена да би на тај начин обезбедио средства за накнаду штете. „Лично одрицање" постоји ако учинилац у финансијском смислу битно ограничи своју потрошњу како би пасивном субјекту (оштећеном) могао да надокнади штету. Само настојање да се штета накнади није довољно, ма колико оно било озбиљно. У обзир долазе све врсте штете, а према општеусвојеном мишљењу, пасивни субјект (оштећени) може бити како физичко, тако и правно лице.[28]

Ради што јаснијег сагледавања ствари није сувишно указати и на то да се наведена материјалноправна одредба из немачког законодавства такође налази у одређеној вези са одговарајућим процесноправним одредбама.

У параграфу 153 Закона о кривичном поступку СР Немачке (StPO) предвиђено је да државни тужилац може да одустане од кривичног гоњења уколико су испуњени следећи услови: да је предмет поступка преступ; да постоји низак (мали) степен кривице учиниоца; да не постоји јавни интерес за гоњење и да постоји сагласност суда. Како се истиче, овај институт не може се примењивати у случају када је кривица искључена. Међутим, испуњеност датог услова не захтева да је кривица у конкретном случају у потпуности доказана. То значи да у интересу процесне економије тужилац своју одлуку може да базира чак и на предвиђеном/прогнозираном ниском степену кривице учиниоца. У питању је правни стандард који се може различито ту-

[28] *Ibid.*, 747.

мачити. Постојање јавног интереса утврђује се на основу околности конкретног случаја при чему се посебно у обзир узимају природа и тежина преступа, проток времена између извршења преступа и његовог окривања као и евентуално претходно кажњавање учиниоца. Примена овог института не зависи од сагласности учиниоца и пасивног субјекта (оштећеног). Сагласност суда није потребна само за најлакше имовинске преступе под условом да се проузрокована штета може оценити као мала. Уколико је оптужба већ подигнута, под истим условима поступак може обуставити и суд уз постојање сагласност тужиоца и оптуженог.

Осим тога, и у параграфу 153е StPO, који носи назив „одустанак од тужбе због стварног кајања", прописано је да генерални државни тужилац може, у сагласности са судом, одустати од гоњења одређених кривичних дела против државе, ако учинилац након извршеног дела, а пре него што је сазнао да је откривен, отклони опасност за опстанак и сигурност државе или уставни поредак. Исто важи и ако се стварно кајање учиниоца састоји у томе што се након извршеног кривичног дела пријавио надлежним органима. И овде, као и претходном случају, ако је оптужба већ подигнута, поступак може обуставити суд у сагласности са генералним државним тужиоцем.[29]

4. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Ако се након свега реченог поново вратимо на иницијално питање везано за однос института дело малог значаја и стварног кајања, могли бисмо да закључимо следеће:

Уколико би у конкретном случају било у питању кривично дело за које је предвиђена казна затвора до три године па учинилац, уз испуњење преосталих услова предвиђених за примену института стварног кајања, накнади штету насталу извршењем кривичног дела, јавни тужилац, у складу са начелом опортунитета кривичног гоњења, има могућност да одбаци кривичну пријаву.

У случају да јавни тужилац то не учини, већ дође до покретања кривичног поступка у којем суд учиниоца кривичног дела на основу института стварног кајање не ослободи од казне, нити му казну ублажи, већ утврди да је испуњен први услов за примену дела малог значаја – низак степен кривице учиниоца, било би оправдано сматрати да је кроз стварно кајање учиниоца испуњен други услов за примену дела малог значаја – одсуство штетних последица. Испуњеност трећег услова за примену овог института – да општа сврха кривичних

[29] G. Pfeiffer*, Karlsruher, Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichts verfassungsgesetz mit Einführüngsgesetz*, München 2003, 905 907.

санкција не захтева изрицање кривичне санкције, требало би ценити узевши у обзир у њиховом тоталитету све објективне и субјективне околности релевенатне приликом одмеравања казне. Постојање наведених услова довело би до искључења кривичног дела што би у датом случају несумњиво имало своје криминално-политичко оправдање. Исто важи и у случају када учињено кривично дело за које је предвиђена казна затвора до пет година.

Разлог који наведено решење чини прихватљивим видимо у чињеници да један од циљева савременог кривичног законодавства јесте и растерећење правосуђа у складу са ставом „суд се не бави малим стварима". Изузимање ове врсте деликата из кривичноправне репресије може се подвести и под општу тенденцију хуманизације кривичног права. Као што из изложеног произлази, дата тенденција може се остварити како преко одређених материјалноправних института, тако и у процесном смислу преко начела опортунитета.[30] При томе, како се наглашава, уколико постоје одговарајући материјалноправни институти начело опортунитета треба афирмисати изузетно, и то само када у конкретном случају постоји важан и легитиман јавни интерес који захтева уздржавање од примене материјалног кривичног права, као и ако се жељени циљ не може постићи другим, консеквентнијим и ефикаснијим, пре свега материјалноправним средствима. Ово из разлога што се не може дозволити дезавуисање одредаба Кривичног законика одређеним процесним институтом, а ако је то и неопходно, не треба да се чини често и без преке потребе.[31]

Међутим, уколико би након реалног сагледавање свих постојећих правнодогматских и прагматичких разлога законодавац укинуо институт дело малог значаја, био би отворен простор у којем би се поменута тенденција код нас, као и у другим европским законодавствима, у датом случају примарно остваривала одговарајућим процесноправним механизмима. Предност датих механизама је у томе што омогућавају флексибилнији приступ, који, наравно, не сме бити на штету квалитета, што је не само у интересу учиниоца и пасивног субјекта, већ и друштва у целини. Најзад, овде треба имати на уму и то да одустајање од кривичног поступка које је условљено обештећењем жртве, представља и једну од све чешћих стратегија криминалне политике, која је препоручена и од стране Комитета министара Европског Савета.[32]

[30] С. Бркић (2004), 241.

[31] С. Циглер, *Начело легалитета и опортунитета кривичног гоњења*, Нови Сад 1995, 127.

[32] С. Бркић (2004), 157.

Dr. Nataša Delić

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

THE ACT OF MINOR SIGNIFICANCE AND GENUINE REMORSE IN THE CRIMINAL CODE

Summary

This paper discusses the relationship between the institute of the act of minor significance and genuine remorse, i.e. the possibility of deeming consequential criminal offenses followed by the offender's genuine remorse as a fulfilled condition for the application of the institute of act of minor significance since the consequences of the criminal offense are considered insignificant. In such a context, the analysis primarily focused on the conditions for the application of the act of minor significance. It has been concluded that the application of the institute in question is justified only in the case of the so-called minor criminal offenses. After that, the analysis focused on the institute of genuine remorse from both the substantive-law and procedural-law aspects, which basically represents the application of the principle of opportunism prosecution. Next, the paper points to the existing similarities regarding the regulation of this institute between the solutions in the respective Serbian and German legislations. The conclusion is that the competition between the substantive-law and procedural-law institutes which serve the same purpose – the alleviation of criminal justice, particularly in view of the nature of their functional relationship, should always be resolved in favour of the substantive criminal law provisions application. However, if there is a criminal-political justification for it, as in the case of the acts of minor significance, then, following the examples of other European criminal laws, a repeal of the respective institute of criminal law is worth considering, as well as a better affirmation of the corresponding and so-called diversion procedural law mechanisms.

Key words: *Criminal Code of Serbia. – The act of minor significance. – Genuine remorse. – Principle of opportunism.*

УДК 341.94:347.44

Др Милена Петровић*

ПОСЕБНА МЕЂУНАРОДНА НАДЛЕЖНОСТ ЗА СПОРОВЕ ИЗ УГОВОРНИХ ОДНОСА ПРЕМА ПРАВУ ЕУ И ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Посебна међународна надлежност за спорове настале из уговорних односа се базира на блиској вези између спора и суда. Предвиђена је као алтернатива општој надлежности с образложењем да омогућује ефикасно вођење судског поступка, али и равнотежу процесних интереса и позиција тужиоца и туженог.

Разматрање овог веома комплексног питања аутор у првом делу рада базира на актуелној законској регулативи ЕУ оличеној у Брисел I уредби, а у другом делу на законској регулативи Републике Србије, односно на Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља, али и на радној верзији будућег Закона о међународном приватном праву чије се усвајање очекује ускоро. У редоследу питања која обрађује, аутор следи текст наведених извора и пажњу посвећује свим оним питањима која су због различитог тумачења отежале примену одредбе о овој врсти надлежности. Тако су у фокусу анализе појмови уговорни спор, уговорна обавеза релевантна за заснивање надлежности, место испуњења обавезе о којој је реч, место испоруке робе, односно место пружања услуге, као и шта се сматра правилном применом нових прописа Србије хармонизованих са комунитарним тековинама.

Кључне речи: *Судска надлежност. Уговорни спор. Уговорна обавеза. Место испуњења уговорне обавезе.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Посебна међународна надлежност за уговорне спорове је у упоредној легислативи предвиђена као допуна или алтернатива општој надлежности базираној на пребивалишту туженог. Будући да посебна надлежност тако коегзистира с општом надлежношћу, на

* Аутор је ванредни професор на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, *mpetrovic@jura.kg.ac.rs*.

тужиоцу је да изврши анализу интереса и ризика и сам изабере суд пред којим ће покренути поступак против туженог. Наравно, ово све под условом да између њега и туженог не постоји споразум о надлежности суда одређене земље, будући да се њиме дерогира надлежност сваког другог суда који би могао поступати у датој ствари.

Предмет разматрања у овом раду је посебна међународна надлежност у уговорним споровима и то из перспективе комунитарног и српског права. С тим циљем најпре ће бити анализирана релевантна правила Брисел I уредбе, као и проблеми са којима су се суочавали судови држава чланица у току њихове примене, а затим ће исти проблем бити разматран с аспекта српског права, кроз анализу релевантних одредаба Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (у наставку текста: ЗРСЗ), као и Нацрта новог закона о међународном приватном праву (у наставку текста: Нацрт ЗМПП) чије се усвајање очекује.

1.1. Посебна надлежност за уговорне спорове према праву ЕУ

Уредба Савета Европе о надлежности и признању и извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима бр. 44/2001 од 22. децембра 2000, позната као Брисел I уредба (у наставку текста Уредба),[1] представља основни извор грађанског процесног права ЕУ будући да поставља униформна правила о директној и индиректној надлежности судова држава чланица, као и нека друга значајна процесна правила. Њеним ступањем на снагу 1. марта 2002. престала је да важи Бриселска конвенција о надлежности и признању и извршењу одлука у грађанским и трговачким стварима (у наставку текста Конвенција) која је до тада уређивала ову материју.[2] Уредба у свом највећем делу представља тек нешто допуњену и модернизовану верзију Конвенције. Друго се и није могло очекивати с обзиром на наглашену потребу очувања континуитета између ова два правна инструмента.[3]

Будући да је Европска комисија била у обавези да најкасније пет година од ступања на снагу ове уредбе Европском парламенту, Савету и Економском и социјалном одбору представи извештај о

[1] Уредба Савета (ЕЗ) бр. 44/2001 о надлежности, признању и извршењу суд ских одлука у грађанским и трговачким стварима, позната као Брисел I уредба, OJ L 12, 01. 2001.

[2] Бриселска конвенција је до јула 2007. године остала на снази само према Данској, будући да према Протоколу бр. 5. о положају Данске, та држава није везана одредбама поглавља IV Уговора о ЕЗ и прописима донетим на основу њих. Од 1. јула 2007, а на основу Споразума закљученог између ЕЗ и Данске 19. октобра 2005. и одлука Савета 2005/790 и 2006/325, Брисел I уредба се примењује и у Данској. Више: P. Stone, *EU Private International Law,* 2010, 19.

[3] Вид. тач. 19) Преамбуле Брисел I уредбе.

њеној примени и предложи измене и допуне тамо где је потребно, она је то и учинила 21. априла 2009. Шестог децембра 2012. Савет је усвојио ревидирани текст Уредбе и то као Уредбу (ЕЗ) бр. 1215/2012 о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима (у наставку текста: *Recast*)[4] која ће почети да се примењује у јануару 2015. године.

Уредба у највећој мери понавља правила Конвенције, али садржи и значајне измене међу којима је и чл. 5(1) који уређује посебну надлежност за уговорне спорове, а који је предмет овог рада. Будући да је ово правило у Брисел I *Recast*-у остало непромењено, осим што је пренумерисано (сада је чл. 7(1)) и имајући у виду да *Recast* почиње да се примењује тек 2015. године, наша разматрања ће бити везана за Брисел I уредбу бр. 44/2001 која је у овом тренутку на снази.

Полазећи од тога да морају постојати алтернативни основи за надлежност, утемељени на блиској вези између суда и спора или ради олакшавања правилног суђења,[5] Уредбом је предвиђена могућност успостављања посебне надлежности судова држава чланица за уговорне спорове. Правило о томе садржано је у одредби чл. 5(1) Уредбе и гласи:

Лице са пребивалиштем у некој држави чланици може бити тужено у другој држави чланици:

1. *(а) у споровима из уговора, пред судом места у коме је обавеза о којој је реч испуњена или у коме је требало да буде испуњена;*

   (б) у смислу ове одредбе, осим ако није другачије уговорено, место испуњења обавезе о којој је реч је:

   – *ако се ради о купопродаји робе, место у држави чланици у коме је, према уговору, роба испоручена или је требало да буде испоручена,*

   – *ако се ради о пружању услуга, место у држави чланици у коме су, према уговору, услуге пружене или су могле бити пружене,*

   (ц) ако се не примењује подстав (б), примењује се подстав (а).

Наведена одредба није у потпуности оригинално решење. Наиме, она представља комбинацију решења које је преузето из Конвенције, а према коме се посебна надлежност за уговорне спорове поверава суду државе у којој се налази место испуњења уговорне обавезе о којој је реч,[6] и једног потпуно новог решења које

[4] OJ L 351/1.

[5] Рецитал (12) Уредбе.

[6] Подстав (а) чл. 5(1) Уредбе.

посебну надлежност за две врсте уговора, уговор о продаји и уговор о пружању услуга, базира на месту испуњења карактеристичне обавезе.[7]

Увођење посебне надлежности се образлагало различитим аргументима. Најпре, истицало се да између места испуњења обавезе и предмета спора у великом броју случајева постоји уска чињенична веза која омогућује да се у том месту поступак брзо и економично спроведе, будући да ће се већина материјалних доказа и сведока налазити управо на том месту.[8] С друге стране, увођење ове врсте надлежности био је покушај да се успостави равнотежа између процесних позиција и интереса тужиоца и туженог, односно покушај да се они ставе у изједначен положај будући да би тужени, како је истицано, био фаворизован у случају постојања само опште надлежности.[9]

Враћајући се на текст чл. 5(1) Уредбе, желели бисмо да укажемо на нека општа обележја ове одредбе. Прво, ово процесно правило се примењује само у случајевима када тужени има пребивалиште у некој од држава чланица. У супротном, надлежност судова сваке државе чланице одређује се према националном праву те државе.[10]

Друго, наведено процесно правило је очито комплексно и у једном делу се може посматрати као опште правило (*lex generali*) које се примењује на све типове уговора осим оних уговора који су регулисани посебним одредбама Уредбе,[11] док се у другом делу може посматрати као посебно правило (*lex specialis*) које се примењује само на уговоре о продаји робе и уговоре о пружању услуга.[12] Разлика између ова два правила није само у пољу примене, већ и у тачкама везивања, односно критеријумима на основу којих се заснива надлежност. Као што ће се касније видети, критеријум у првом случају

---

7 Подстав (б) чл. 5(б) Уредбе.

8 Извештај P. Jenarda уз изворни текст Конвенције и Протокола о тумачењу (*Службени лист ЕЗ*, 1979), бел. 30, стр. 23. и 24.

9 Ulrich Magnus, Peter Mankowski, *Brussel I Regulation*, *European Commentaries on Private International Law*, (2007), par.1, стр. 89, 90; Мишљење општег правобра ниоца Léger у случају C 420/97 *Leathertex v. Bodetex,* (1999) ECR I 6747.

10 Чл. 4 (1) Уредбе.

11 Уговори регулисани посебним одредбама Уредбе и тиме искључени из поља примене чл. 5(1) Уредбе су уговори о осигурању, потрошачки уговори, уговори о раду, уговори чији су предмет стварна права на непокретностима или закуп непокретности, уговори из области брачноимовинских и наследних односа (вид. чл. 8, чл.15, чл.18, чл. 22(1), чл. 1(2)(а) Уредбе).

12 H. van Lith, *International Jurisdiction and Commercial Litigation Uniform Rules for Contract Dispute*, The Hague, 2009, стр. 85 86; Pocar, *Explanatory Report on Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, signed in Lugano on 30 October 2007,* OJ C 319/1 (у наставку текста: Pocar *Report*) пар. 51.

је место испуњења обавезе на којој се темељи тужбени захтев, а у другом случају то је место испуњења карактеристичне уговорне обавезе.

Треће, правило постављено одредбом чл. 5 (1) Уредбе, за разлику од правила Уредбе о општој и о пророгационој надлежности (чл. 2 и чл. 23), одређује не само међународну надлежност, него и месну надлежност датог правосуђа и то непосредно.[13] Тако, уколико су се стекли услови за примену овог правила, тужилац би требало да зна да поступак против туженог може да покрене у месту оне државе у коме је требало да буде испуњена уговорна обавеза.

Коначно, нешто што сигурно обележава одредбу чл. 5(1) Уредбе је њена комплексност због које је њена примена још у време док је била део Конвенције изазвала велике контроверзе у судској пракси, али и бројне коментаре у доктрини. Суд ЕУ је само поводом ове одредбе донео више одлука него о било којој другој одредби Конвенције.[14] Наиме, све је у наведеној одредби изазивало дилеме, почев од тога шта се сматра „споровима у вези с уговором“, „спорном обавезом“, односно „обавезом у питању“, као и шта се подразумева под „местом испуњења обавезе“. Тврдња општег правобраниоца *Ruiz-Jarabo Colomer* потпуно отворено изражава опште мишљење о овом комплексном правилу:

„чини ми се парадоксалним да ствар која у основи захтева једноставне и практичне одговоре који ће омогућити европским судовима – пре свега судовима прве инстанце – да брзо установе да ли су међународно надлежни или не, буде окарактерисана, и у судској пракси и у доктрини, теоријским размишљањима која су изгубила из вида проблеме са којима треба да се суоче практичари у правосуђу“.[15]

Све је ово указивало на потребу да се постојећа одредба измени, да се учини јаснијом, прецизнијом и једноставнијом за примену. Очекивало се да ће тиме бити унапређени правна предвидљивост и сигурност што би представљало значајан резултат. До промене је и дошло. Са Брисел I уредбом европско процесно право добило је ново, измењено и допуњено правило о посебној надлежности за уговорне спорове. Међутим, иако се, бар на први поглед, чини да су одредбом чл. 5(1) Уредбе прецизиране неке ствари, практична примена ове одредбе је још увек проблематична јер је остала и даље

[13] Вид.: Pocar *Report*, rec.34; Водинелић/Кнежевић, *Грађанско процесно пра во Европске уније,* Београд, 1998, 63.

[14] Више од 20 одлука је Суд ЕЗ донео о претходном тумачењу чл. 5(1) Конвенције. Вид. H. van Lith, *op .cit*., 74.

[15] Мишљење ОП Ruiz Jarabo Colomer у случају C 440/97 *GIE Groupe Con corde,* (1999) ECR I 6307, пар. 3. Вид,. H. van Lith, *op. cit*., 74.

веома комплексна. Отуда су присутна мишљења да је покушај да се поједностави ово процесно правило резултирао само делимичним побољшањем његове примене што је у доктрини изазвало доста разочарења у извршене измене.[16]

2. ОПШТЕ ПРАВИЛО О ПОСЕБНОЈ НАДЛЕЖНОСТИ ЧЛ. 5(1)(а) УРЕДБЕ

Одредба подстава (а) чл. 5 (1) Уредбе потпуно је идентична одредби тач.1, чл. 5 Конвенције и гласи: лице са пребивалиштем у држави чланици може бити тужено у другој држави чланици у споровима из уговора, пред судом места у коме је обавеза о којој је реч испуњена или у коме је требало да буде испуњена. Ово правило се примарно примењује онда када уговор из кога је настао спор није уговор о продаји или пружању услуга. Међутим, према подставу (ц) чл. 5(1) Уредбе оно се додатно или супсидијарно може применити и код ових врста спорова, али само у изузетним околностима у којима није могућа примена подстава (б) наведеног члана. Ово нарочито важи у случајевима када се место испоруке или место пружања услуга не налази на територији неке од држава чланица, већ је оно лоцирано у некој трећој земљи у којој се Уредба не примењује. Највећи број аутора се слаже да ако је према уговору о продаји нпр. место испоруке у држави нечланици, онда се *lex specialis* из чл. 5(1)(б) неће применити, већ ће опште правило из чл. 5(1)(а) одредити надлежан суд.[17] Међутим, има и оних који заступају другачије мишљење. Наиме, они сматрају да је директно упућивање на подстав (а) погрешно јер се на тај начин тужиоцу даје друга шанса да успостави посебну надлежност суда државе чланице иако би према подставу (б), који регулише ову врсту уговорних спорова, био надлежан суд у држави нечланици. Тако би, како се истиче, од овога имале корист извозне компаније са седиштем у ЕУ на штету њихових уговорних партнера са седиштем ван ЕУ.[18] Отуда и предлог да у том случају одлучујући критеријум за успостављање посебне надлежности треба да буде место испуњења карактеристичне обавезе.[19]

Forum solutionis је од самог почетка изазвао проблеме у примени на шта указује чињеница да је кратко након ступања на снагу

[16] Између осталих, Magnus, Das UN Kaufrecht und die Erfüllungsortzuständigkeit, стр. 46, Gaudemet Tallon, H. Compétence et exécution des jugements en Europe: Régle ment No 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano, 3. izd., (Pariz, 2002) § 174, 128.

[17] Уместо свих, вид., H. van Lith, *op. cit*., 90.

[18] Више, Magnus and Mankowski, *op. cit*., 151, 161.

[19] Magnus, *Das UN Kaufrecht ...,* 49.

Конвенције од Суда ЕУ затражено да разјасни неколико кључних питања: 1) који се спорови сматрају „уговорним“, 2) која је „уговорна обавеза“ релевантна за заснивање надлежности и 3) шта се подразумева под „местом испуњења“ уговорне обавезе. Практично, тражен је одговор на питање шта је стварно поље примене наведеног правила. Разматрања која следе баве се управо овим проблемом.

2.1. „Предмети који се односе на уговор“

О томе шта се сматра „предметом који се односи на уговор“ у националним правима држава чланица не постоји јединствен став. Тако, један исти предмет неке државе квалификују као предмет уговорне природе, док га друге државе квалификују као деликт, квазиделикт или као предмет који се уређује искључиво прописима статусног права. Последица неједнаке квалификације предмета спора на генералном нивоу доводи до мултиплицирања основа за надлежност у једном истом случају што свакако тешко може да допринесе правној сигурности и делотворности правне заштите на територији Уније. Имајући то на уму, а с циљем јединственог тумачења одредбе чл. 5(1) Уредбе, Суд ЕУ је заузео став да се појам уговора мора одредити аутономно, односно независно од националног права било које државе чланице. Међутим, Суд није дао једну општу или апстрактну дефиницију овог појма.[20] Уместо тога, ослањајући се на прагматичан приступ, он је дефинисао овај појам и развијао његово тумачење по принципу „од случаја до случаја“. На овај начин он је у сваком индивидуалном, конкретном случају одредио да ли је реч о уговорној или некој другој врсти одговорности. Оваквим приступом Суд је практично разграничио појам „ствари које се односе на уговор“ од осталих појмова, превасходно од појма вануговорне одговорности за штету или одговорности која је изједначена са њом (*tort, delict*, *quasi-delict)* и на тај начин дао упутство судовима држава чланица када треба да примене чл. 5(1) Уредбе, а када чл. 5(3) Уредбе.

Од бројних одлука у којима је Суд дао тумачење појма „предмета који се односи на уговор“ наводимо неке од оних које се сматрају кључним. Један од првих случајева у коме се Суд суочио с овим питањем био је случај *Peters* који се базирао на захтеву за исплату новчаних износа које удружења имају према својим члановима.[21] Према тумачењу Суда ове захтеве у смислу чл. 5(1) Конвенције, треба квалификовати као уговорне.[22] У случају *Effer v. Kantner* Суд

[20] Pocar *Report*, t. 43.

[21] Case 34/82 *Peters v. ZNAV*, (1983) ECR 987, пар. 15.

[22] Према праву већине држава чланица (нпр. француско, белгијско, италијанско, енглеско, данско) ови захтеви јесу уговорне природе јер заснивањем чланства у удружењу између члана и удружења настаје уговорни однос (тзв. уго

је истакао да се питање постојања и пуноважности уговора сматра уговорним питањем.[23] Посебан и врло замршен случај постојао је код прекида преговора услед чега је пропуштено закључење уговора. Наиме, *culpa in contrahendo* се у неким државама чланицама сматра уговорном, док се у другима сматра вануговорном одговорношћу, услед чега је могуће да неки национални судови надлежност заснују позивајући се на чл. 5(1) Уредбе, а други судови на основу чл. 5(3) Уредбе. Да би се ово избегло и да би се остварила униформна примена Брисел I уредбе, Суд је у случају *Tacconi* појам предуговорне одговорности за неоправдани прекид преговора, а у одсуству било каквог предуговора, изричито квалификовао као вануговорну одговорност.[24]

2.2. „Уговорна обавеза" релевантна за заснивање надлежности

Једно од кључних питања за које се тражило тумачење ЕС било је и питање која се уговорна обавеза има сматрати релевантном за заснивање надлежности. Питање је било потпуно оправдано јер се из израза „обавеза о којој је реч" није могло прецизно закључити на коју се обавезу мисли: да ли је то обавеза која је карактеристична за предметни уговор, обавеза на којој тужилац темељи тужбени захтев или било која обавеза коју једна уговорна страна треба да испуни према другој.

Одговор на постављено питање Суд је дао у пресуди *De Bloos,*[25] која је за судове била од круцијалног значаја за тумачење наведеног појма, а тиме и правилну примену чл. 5(1) Конвенције. У наведеном случају Суд је закључио да „обавеза о којој је реч" не упућује ни на једну другу обавезу, осим на обавезу на којој се темељи тужбени захтев.[26] Идеја на којој се базира овај приступ је независност сваке уговорне обавезе, а образложење за то је да управо место у коме треба да се испуни обавеза која је предмет тужбеног захтева конституише најближу везу између спора и суда који би за њега био надле-

ворна теорија). Тек мањи број држава чланица (нпр. Немачка и Холандија) следе тзв. институционалну теорију, према којој је однос између члана и удружења уређен искључиво прописима статусног, а не уговорног права. Према ставу Суда исто ово тумачење примењује се и на трговачка друштве. Више: P. Stone, *op. cit.,* 78; Д. Бабић, *Међународна надлежност за уговорне спорове према еуропском, хрватском и аме ричком праву,* Загреб, 2005. Докторска дисертација, стр. 41 43.

[23] Case 38/81 *Effer SpA v. Hans Joachim Kantner,* (1982) ECR 825; Више: Magnus, Mankowski, *op. cit.*, стр.108; P. Stone, *op. cit*., 78.

[24] Case 334/00 *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HVS),* (2002) ECR I 7357, I 7396. Више: Magnus, Mankowski, *op. cit.*, 117. и сл. P. Stone, *op. cit*., 83.

[25] Case 14/76 *De Bloos v.Bouyer,* (1976) ECR 1497.

[26] Case *De Bloos*, пар. 11.

жан. Та „физичка блискост“ омогућава потпун увид суда у чињенице на основу којих ће утврдити природу тог односа.[27] Избором овог критеријума отпала је могућност да се под „обавезом о којој је реч“ подразумева било која обавеза из уговора, као и обавеза која је карактеристична за предметни уговор.

Иако се обавеза на којој се темељи тужбени захтев у највећем броју случајева може утврдити без потешкоћа, тумачење Суда изражено у пресуди *De Bloos* ипак није елиминисало све дилеме и потешкоће у утврђивању надлежности. Наиме, већ на први поглед проблем постоји у случају комплексних уговора код којих су странке преузеле бројне обавезе које треба испунити у различитим местима, односно државама. Стриктна примена *De Bloos* правила би довела до ситуације да за сваку неиспуњену обавезу тужилац може да поднесе тужбу суду оне државе у којој је она требало да се испуни. Последица је фрагментација надлежности будући да би више судова могло засновати посебну надлежност за један исти уговорни спор, што би свакако био резултат који се не жели с обзиром на то да би био у нескладу са сврхом и циљевима саме Конвенције. Уместо тога, у случају *Shenavai*, када се први пут суочио са питањем која од више обавеза на којима се темељи тужбени захтев чини „обавезу о којој је реч“, Суд је следио принцип *accessorium sequitur principale*, те заузео став да је та обавеза главна обавеза и по месту њеног испуњења би требало да се одреди надлежност суда.[28] Овакав приступ међутим, није било решење за оне случајеве у којима постоји више спорних обавеза које треба извршити у различитим државама, а ниједна од њих није главна. Нови проблем дакле постоји када су обавезе на којима се темељи тужбени захтев истог ранга. Са овим питањем Суд се суочио у случају *Leathertex* када је закључио да ће сваки национални суд бити надлежан само за онај део тужбеног захтева који се темељи на обавези или обавезама које је требало испунити на територији тог суда. Исти суд дакле, неће бити надлежан за цео спор.[29] Свестан недостатака фрагментације спорног случаја, Суд је ипак закључио да ако тужилац жели да води поступак у целости пред једним судом, онда увек има могућност да га води пред судом пребивалишта туженог.[30]

---

[27] Више: H. van Lith, *op. cit.*, 95.

[28] Case 266/85 *Shenavai v. Kreischer*, (1987) ECR 239, пар. 19. Ово тумачење потврђено је и у каснијим одлукама Суда. Magnus and Mankowski, *op. cit.,* пар. 132, 153.

[29] Case 420/97 *Leathertex Divisione Sintetici SpA v. Bodetex BVBA*, (1999) ECR I 6747, пар. 40 42.

[30] *Ibid*. пар. 20 21 и 76. Више о комплексним уговорима: У. Грушић, „Juris diction in Complex Contracts under the Brussels I Regulation“*, Journal of Private International Law,* Vol.7, No. 2, 2011.

Проблем у вези са тумачењем „обавезе о којој је реч“ може постојати и у случају када се обавеза састоји у нечињењу, будући да ова врста обавезе нема територијалних граница па самим тим ни одређено место испуњења. У таквој ситуацији је немогуће одредити *forum solutionis*, па је према ставу Суда, правило о општој надлежности садржано у чл. 2 Уредбе једини основ надлежности који обезбеђује известан и поуздан критеријум.[31] Такође, проблем може постојати када предмет тужбеног захтева није изворна, примарна обавеза, већ секундарна обавеза која замењује неиспуњену уговорну обавезу. То ће бити на пример, у случају када тужилац не тражи испуњење обавезе коју је тужени преузео уговором, већ накнаду због неиспуњења те обавезе (конкретно, због тога што продавац није испоручио робу, купац раскине уговор и тужбом тражи накнаду уговорне штете).[32]

Наведена тумачења Суда су у пракси показала недостатке па је у доктрини и судској пракси често било изражено мишљење да би за надлежност одређену чл. 5(1) Конвенције требало да буде релевантна она обавеза која је карактеристична за уговор. Један од најжустријих ставова против тумачења Суда, изразио је општи правобранилац *Ruiz* у свом мишљењу поводом спора *Concorde*: „Све је у вези са *De Bloos* грешка. Од самог почетка одговор је да се у сврху чл. 5(1) узима у обзир само карактеристична уговорна обавеза. Тада би у огромној већини случајева било могуће у процесне сврхе одредити место испуњења које је у блиској вези са битним елементима уговора“.[33]

Упркос јасном тумачењу Суда у предмету *De Bloos*, као и свим каснијим одлукама у којима је оно потврђено, судови многих држава чланица, у тежњи да домаћим тужиоцима који испуњавају карактеристичну обавезу омогуће подношење тужбе пред домаћим судовима, су на основу чл. 5(1) Конвенције надлежност заправо одређивали према месту карактеристичне обавезе као општем правилу. У овоме су предњачили француски судови, али је тај разлаз судске праксе са тумачењем Суда присутан и у Белгији, Холандији, па чак и Немачкој.[34]

31 Case 256/00 *Besix v. WABAG,* (2002) ECR I   1699, пар. 50.

32 Вид., Д. Бабић, *op. cit*., 65.

33 Мишљење општег правобраниоца Ruiz Jarabo Colomer у пресуди C 440/97 *GIE Groupe Concorde*, (1999) ECR I 6307, пар. 103. Вид., H. van Lith, *op. cit*., 101.

34 Више, Д. Бабић, *op. cit.*, 81 83.

2.3. Место испуњења „обавезе о којој је реч“

Кључна одлука Суда о томе шта се сматра местом испуњења обавезе о којој је реч донета је у случају *Tessili*.[35] Прави проблем је заправо било питање по ком праву треба утврдити место испуњења обавезе: да ли то треба учинити по материјалном праву земље суда (*lex fori*), по материјалном праву које је меродавно за спорну обавезу (*lex causae*) или до одговора треба доћи аутономним тумачењем. Суд је закључио да се ово место има одредити према *lex causae*, што значи да суд на основу својих колизионих правила мора утврдити које је право меродавно за правни однос о коме је реч и у складу с тим правом одредити где се налази место испуњења спорне обавезе.[36] Практично, овај приступ, у садејству са приступом *De Bloos*, представља приступ дуплог корака (*two-step-approach*) који обавезује суд да прво одреди обавезу која *in concreto* представља основ тужбеног захтева, а онда на основу колизионе норме да одреди место испуњења спорне обавезе.[37] Као аргумент за избор оваквог решења Суд је навео „нарочито блиску везу“ која постоји између предмета спора и суда места испуњења спорне обавезе.

Lex causae приступ је међутим, наишао на бројне критике. Једна од њих је да је овај приступ тешко применити не само због тога што он у припремној фази поступка претпоставља да се реши веома комплексно питање међународног приватног права, већ укључује и испитивање меритума спора у време када судија још увек није решио питање надлежности.[38] С друге стране, одређивање места испуњења обавезе применом *legis causae* приступа критикован је и због тога што у великом броју случајева доводи до надлежности тужиочевог суда (*forum actoris*) који не мора увек да има адекватну чињеничну везу с предметом спора, што је најчешће случај са тужбама за испуњење новчаних обавеза.[39]

Због свега овога било је разних покушаја да Суд ЕУ ревидира *Tessili* приступ. Тако је Општи правобранилац *Lenz* у случају *Custom Made*[40] указао на то да приступ *lex causae* није примерен уколико

---

35 Case 12/76 *Industrie Tessili Italiana Como v. Dunlop* AG, (1976) ECR 1473.

36 Case *Tessili*, пар. 13.

37 Вид., F. Ferrari, *Remarks on the Autonomous Interpretation of the Brussels I Regulation, in Particular of the Concept of „Place of Delivery“ under Article 5(1)(b), and the Vienna Sales Convention (on the occasion of recent Italian court decision)*, доступно на: *www.ialsnet.org/meetings/business/ferarri franko USA.pdf*.

38 De Cristofaro, „Critical Remarks on the Wienna sales Convention’s Impact on Jurisdiction“, *Uniform L. Rev*. (2000) стр. 49. P. Stone, *op. cit.*, 97.

39 F. Ferrari, *Forum Shopping Despite International Uniform Contract Law Convention*, Int. & Comp. L.Q. (2002), 691 692.

40 Case C 288/92 *Custom Made v. Stawa*, (1994) ECR I 2913.

води надлежности оног суда који није у тесној чињеничној вези са случајем.[41] Суд је одбио овакво тумачење чл. 5(1) с образложењем да иако повезаност између суда и предмета спора представља *ratio* ове одредбе, она се примењује и у случајевима када ова веза није остварена.[42] Суд је даље нагласио да је место испуњења обавезе изабрано као критеријум за заснивање надлежности због своје прецизности и јасноће,[43] те да би примена неких других критеријума као што је повезаност с предметом спора, могла угрозити предвидљивост правила о надлежности што би било супротно сврси Конвенције.[44]

3. СПЕЦИЈАЛНО ПРАВИЛО О ПОСЕБНОЈ НАДЛЕЖНОСТИ ЧЛ. 5(1)(б) УРЕДБЕ

Као што је већ речено, подстав (б) чл. 5(1) Уредбе је у поређењу са Конвенцијом нова одредба о посебној надлежности за уговорне спорове и она гласи: ... *ако се странке нису друкчије споразумеле, место испуњења обавезе о којој је реч је:*

– *ако се ради о продаји робе, место у држави чланици где је, према уговору, роба испоручена или је требало да биде испоручена,*
– *ако се ради о пружању услуга, место у држави чланици где су, према уговору, услуге пружене или су могле бити пружене.*

Поље примене наведене одредбе ограничено је само на две врсте уговора: уговор о продаји и уговор о пружању услуга због чега се, као што смо навели, може сматрати специјалним правилом у односу на одредбу чл. 5(1)(а) Уредбе. Одредба подстава (б) се примјењује онда када се странке нису друкчије споразумеле, што значи да оне од овог правила могу да одступе. Коначно, ова одредба се примењује само ако се место испуњења обавезе одређено подставом (б), а то значи место испоруке односно, место пружања услуга, налази у држави чланици.

Увођење нове одредбе члана 5(1)(б) је учињено не само да би се избегла потреба за одређивањем обавезе о којој је реч, већ и да би се избегло одређивање меродавног права на основу кога ће се утврдити место испуњења те обавезе. Другим речима, извршене допуне су

41 Мишљење ОП *Lenza* у предмету *Custom Made*, пар. 74.

42 Case *Custom Made,* пар. 14.

43 Case *Custom Made,* пар. 15.

44 Case *Custom Made,* пар. 18.

учињене с циљем да се превазиђу настале тешкоће и неразумни резултати до којих је довела судска пракса иницирана пресудом *Tessili*. У ту сврху наведеном одредбом је експлицитно одређена релевантна обавеза и то на аутономан начин, дакле независно од *lex causae*, а место у којој она треба да се испуни одређено је као критеријум за заснивање надлежности. У случају уговора о продаји релевантно је место испоруке робе, а у случају уговора о пружању услуга то је место у којој треба пружити услугу.

Допуне које су уведене новим правилом без сумње представљају напредак у односу на решења предвиђена Конвенцијом. Међутим, будући да се ново правило примењује на ограничен број случајева и да је потребно да се стекну одређени услови, оправдано се може поставити питање да ли је оно заиста поједноставило ствари у пракси. У даљим разматрањима указујемо на могуће дилеме.

3.1. Место испоруке робе, односно пружања услуге као место испуњења обавезе

Према новој одредби садржаној у подставу (б) чл. 5(1) Уредбе обавеза испоруке робе, односно пружања услуге, које се генерално сматрају карактеристичним престацијама уговора о продаји, односно уговора о пружању услуга, постале су једине релевантне обавезе, те се места у којима оне треба да се испуне сматрају одлучујућим критеријумом за одређивање надлежности суда у случају спора. Та места су идентична за сваку обавезу која произилази из уговора, без обзира да ли је она спорна, да ли се састоји у плаћању или има неколико обавеза на којима се темељи тужбени захтев.[45]Ово значи да више нема потребе да се одређује обавеза која *in concreto* представља основ тужбеног захтева. Практичне последице овог унитарног приступа су од пресудног значаја будући да је концентрација надлежности гарантована.[46]

Међутим, значајан проблем који се јавља у вези с местом испоруке робе, односно пружањем услуга, јесте недостатак изричите дефиниције ових појмова што доводи до великих дилема приликом примене и тумачења чл. 5(1)(б) Уредбе будући да се према националним правима и релевантним међународним конвенцијама ови појмови различито тумаче. Тако се на пример, код уговора о продаји у којима је предвиђен превоз робе из једне у другу државу, под местом испоруке робе може сматрати место у коме је купац преузео робу, место у коме је роба предата првом превознику ради доставе купцу или место у коме је продавац имао седиште у време закључења уговора.

[45] Образложење Предлога уредбе (Explanatory Memorandum) 14.

[46] Magnus and Mankowski, *op. cit.*, пар. 100, 136.

Нема сумње да због различитог тумачења овог појма, за један исти спор могу бити надлежни судови различитих држава зависно од тога пред којим од њих се питање поставља.

Према подставу (б) чл. 5(1) Уредбе, место испоруке робе, односно пружања услуге одређује се „према уговору". Потпуно оправдано (јер је у складу са принципом аутономије воље), предност се даје заједничком избору уговорних страна. У пракси се ово најчешће чини уговарањем транспортних клаузула путем којих се одређује место и време испоруке. Последица је да се оваквим понашањем постиже највиши степен правне предвидљивости и сигурности, како за странке, тако и за сам суд. У таквој ситуацији тужилац зна да тужбу може поднети суду у том месту, а суд је у тој ситуацији ослобођен тешког задатка утврђивања места испоруке, односно места пружања услуге**.**

Проблем за суд настаје ако странке у уговору не одреде ни једно фактичко место испоруке. Тада се поставља питање да ли суд треба дословно да тумачи подстав (б) односно, формулацију „према уговору". Ако размишљање иде у том правцу, онда на основу подстава (ц) нема места примени чл. 5(1)(б), већ о надлежности треба одлучити на основу *forum solutionis* из чл. 5(1)(а) Уредбе. Овакво тумачење би према неким мишљењима, било супротно жељи законодавца да обезбеди објективно место извршења, а с друге стране, ограничило би поље примене чл. 5(1)(б).[47] Друга могућност је да се о месту испоруке, а тиме и о надлежности, одлучује применом унифицираних материјалних правила, као што су Бечка конвенција о продаји робе из 1980, UNIDROIT принципа међународних трговачких уговора или применом Принципа европског уговорног права.[48] Коначно, неки аутори предлажу усвајање одређених аутономних појмова о месту испоруке робе, односно пружања услуге, који би се примењивали у случају када се не може утврдити споразум о месту испуњења.[49]

Проблем за суд постоји и у случају када испоруку треба извршити у више места. Које од њих ће бити релевантно за заснивање надлежности суда? Будући да ова ситуација није решена чл. 5(1)(б), од Суда ЕУ је у случају *Color Drack*[50] тражено тумачење да ли се наведени члан Уредбе примењују на уговор о продаји робе у коме је предвиђено неколико места испоруке унутар једне исте државе чланице, и ако је тако, да ли тужилац може у случају када се тужбени захтев односи на све те испоруке, да тужи у месту које сам изабере.[51]

47 H. van Lith, *op. cit*., 88.

48 Вид., F. Ferrari., *op. cit*., 92.

49 Вид., Д. Бабић, *op. cit.*, 137. и сл.

50 Case C 386/05 *Color Drack,* (2007) ECR O.

51 *Ibid*., пар. 15.

Суд је најпре потврдио да се чл. 5(1)(б) Уредбе примењује на поменути случај будући да намера није била да се Уредбом искључе случајеви у којима већи број судова може бити надлежан, затим је истакао да је принцип најближе везе остварен, јер ће у сваком случају бити надлежан неки од судова те државе чланице, али је нагласио и значај чињенице да *један* суд треба да буде надлежан за све тужбене захтеве проистекле из уговора. Суд је даље закључио да у случају када постоји више места испоруке, надлежан треба да буде суд оног места које је у најближој вези са спорним уговором. Према резоновању Суда, то је место главне испоруке, а шта се сматра главном испоруком треба одредити на основу економских критеријума. Дакле, на националном суду је да према поднетим доказима одреди то место, а тиме и своју надлежност. Уколико то није могуће, према ставу Суда, тужилац може сам да изабере једно од тих места испоруке и суду изабраног места да поднесе тужбу, будући да свако од тих места има довољно блиску везу са материјалним елементима спора.[52]

Ако је један од циљева Уредбе био да се смањи број надлежних судова пред којим тужилац може да покрене поступак, а тиме и *forum shopping,* онда је увођење новог правила, садржаног у подставу (б) чл. 5(1) свакако корак напред у односу на решење постављено чл. 5(1)(а) Уредбе јер води концентрацији надлежности, а тиме и већем степену предвидивости и правне сигурности. Међутим, оправдано се поставља питање зашто је то предвиђено само за две врсте уговора, уговор о продаји и уговор о пружању услуга када се чини потпуно разумним да је исто решење предвиђено и за остале уговора. Нажалост, прилика да се то учини је пропуштена и то два пута: први пут када је ревидирана Конвенција, а други пут када су *Recast*-ом измењене и допуњене одредбе Брисел I уредбе. Други разлог због кога сматрамо да је наведено решење само делимично решило проблем практичне примене овог дела Брисел уредбе је недостатак експлицитне дефиниције места испоруке, односно места пружања услуге. Чињеница да судови држава чланица ове појмове могу тумачити различито, има за последицу надлежност различитих судова за један исти спор. Коначно, ако је један од циљева такође био да се бар код уговора о продаји и пружању услуга осигура најближа чињенична веза између предмета спора и надлежног суда, па је у ту сврху формулисано место испуњења карактеристичне обавезе као један објективни критеријум, не може се рећи да је овај циљ осигуран у сваком случају. Разлог је једноставан: споразумом странке могу одступити од наведеног правила.

---

[52] *Ibid*., пар. 28, 35, 40, 42.

4. ПОСЕБНА МЕЂУНАРОДНА НАДЛЕЖНОСТ ЗА УГОВОРНЕ СПОРОВЕ ПРЕМА ПРАВУ СРБИЈЕ

Међународну надлежност судова Србије уређују два кључна закона: Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (у наставку текста: ЗРСЗ)[53] и Закон о парничном поступку (у наставку текста: ЗПП).[54] Осим у ова два закона, норме о надлежности се могу наћи и у неким другим законима,[55] као и у међународним уговорима,[56] али они имају ограничен значај.

Будући да је урађен, и на сајту Министарства правде објављен Нацрт новог закона о међународном приватном праву (у наставку текста: Нацрт ЗМПП), у нашим даљим разматрањима ћемо најпре указати на решења питања посебне међународне надлежности за уговорне спорове према актуелном ЗРСЗ, а затим указати на нова решења предвиђена Нацртом ЗМПП.

4.1. Посебна међународна надлежност за уговорне спорове према ЗРСЗ и ЗПП

Закон о решавању сукоба закона не садржи кохерентан систем правила којим се експлицитно и стриктно уређује посебна међународна надлежност за уговорне спорове. На овај став указује чињеница да неке од одредаба које уређују ово питање имају знатно шири домашај, те да се из њиховог контекста може закључити да се између осталог односе и на уговорне спорове.

Тако, према ЗРСЗ, посебна међународна надлежност за уговорне спорове може се у Републици Србији засновати:

– *ако је обавеза настала у Републици Србији или се мора испунити на територији Републике Србије, а тужени, физичко или правно лице са седиштем у иностранству, има на територији Републике Србије своје представништво или заступништво или ако је у Републици Србији седиште правног лица коме је поверено вршење туженикових послова*

[53] Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96.

[54] Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11.

[55] Ову врсту норми садрже нпр. Закон о поморској и унутрашњој пловидби и Закон о облигационим односима и основама својинскоправних односа у ваздушном саобраћају.

[56] У Србији су на снази бројне конвенције, билатералне и мултилатералне, које је закључила Србија или СФРЈ, као што су Варшавска конвенција о изједначавању извесних прописа о међународном превозу ваздухом, Конвенција о међународном превозу железницом, Хашке конвенције о грађанском судском поступку итд.

(чл. 55). У питању је правило о посебној надлежности за спорове настале због деловања представништва или заступништва или друге пословне јединице, пред судом у месту у коме се налази представништво, заступништво или друга пословна јединица.[57] Заснивање надлежности суда Србије по основу настанка обавезе (*forum contractus*) или по основу испуњења обавезе (*forum solutionis*) на њеној територији је дакле могуће, али је оно условљено следећим чињеницама: а) тужени, физичко или правно лице, мора имати седиште у иностранству и мора имати представништво или заступништво на територији Србије, односно седиште правног лица коме је поверено вршење његових послова и б) спор се мора односити на обавезе које су настале или које се морају извршити на територији Србије.

– *ако је обавеза настала у време боравка туженог у Републици Србији* (чл. 54, ст. 2).

  Осим овога ЗРСЗ садржи и одредбе о посебној међународној надлежности суда Републике Србије за спорове из две врсте уговора: 1) уговора о закупу или најму непокретности, или из уговора о коришћењу стана или пословних просторија, ако се непокретност налази на територији Републике Србије (чл. 56) и 2) уговора о закупним односима у погледу ваздухоплова и брода, ако се на територији Републике Србије води уписник у који је ваздухоплов, односно брод уписан (чл. 58, ст.1).

Као што се може запазити, у чл. 54 и 55 ЗРСЗ уопште се не помиње категорија „уговор“ или „уговорни спор“, већ само категорија „обавеза“ која има знатно шири домашај јер се може односити како на уговорне, тако и на вануговорне обавезе. Међутим, како нема сумње да „обавеза“ може да проистекне из уговора, то се и без изричитог назначења о томе, може закључити да се наведене одредбе ЗРСЗ односе на успостављање надлежности судова Србије за уговорне спорове.

Релевантну одредбу о посебној међународној надлежности судова Србије садржао је и Закон о парничном поступку из 1990. године.[58] Наиме, према чл. 58, ст. 3 овог закона, у споровима про-

[57] Сличну одредбу садржи и чл. 5(5) Брисел I уредбе према којој лице са пре бивалиштем у некој држави чланици може бити тужено у другој држави чланици ако је реч о спору који произилази из пословања представништва, заступништва или друге пословне јединице, пред судом места у коме се налази представништво, заступништво или друга пословна јединица.

[58] Закон о парничном поступку, *Службени лист СФРЈ*, бр .27/90, чл. 58, ст. 3.

тив лица за које не постоји општа месна надлежност у Републици Србији, за обавезе које треба да се испуне у Републици Србији, тужба може да се поднесе суду на чијем подручју та обавеза треба да се испуни. Другим речима, против лица која имају пребивалиште, односно седиште у иностранству, може да се покрене поступак пред судом Србије уколико на њеној територији треба да се испуни обавеза која је уговором преузета (*lex solutionis*). За разлику од чл. 55 и чл. 54 ЗРСЗ, наведена одредба нема ограничења у погледу тога да тужени треба да има представништво, односно заступништво на територији Србије или да је спорна обавеза настала у време његовог боравка у Србији. Ова одредба је унета у ЗПП 1990. године, дакле, после ступања на снагу ЗРСЗ. Иако се овом одредбом уређивало питање месне надлежности судова, у доктрини је већ тада изражена најпре дилема, а затим и решење у вези са њом, да јој треба дати значење правила о међународној надлежности.[59] Да је ово мишљење било исправно потврђује актуелни ЗПП.[60] Наиме, према чл. 26 ст. 1 наведеног закона, суд Републике Србије је надлежан за суђење, ако је његова надлежност за спор са међународним елементом изричито предвиђена законом или међународним уговором. Ако у закону или међународном уговору нема изричите одредбе о надлежности домаћег суда за одређену врсту спорова, домаћи суд је надлежан за суђење у тој врсти спорова иако његова надлежност произилази из одредаба закона о месној надлежности домаћег суда (чл. 26, ст. 2). Будући да је одредба чл. 58. ЗПП из 1990. године задржана и у важећем ЗПП (с идентичним текстом садржана у чл. 55, ст. 3) и да није покривена одредбом чл. 54 и 55 ЗРСЗ, односно није изричито предвиђена ЗРСЗ, ову одредбу би у складу са чл. 26, ст. 2 ЗПП требало тумачити као правило о међународној надлежности.

Као што је већ истакнуто, није спорно да се свака од наведених одредби може применити на спорове настале из уговора, али поставља се питање која од обавеза се има сматрати релевантном за заснивање надлежности српског суда. Да ли је то обавеза на којој се темељи тужбени захтев, што значи да то може бити било која обавеза која је уговором преузета, или је то обавеза карактеристична за предметни уговор? У недостатку експлицитног одређења овог питања, што је потпуно оправдано с обзиром на то да се о обавезама говори уопштено, сматрамо да под обавезом релевантном за успостављање надлежности српског суда треба разумети обавезу на којој се темељи тужбени захтев. Ово због тога што се о обавезама говори у множини, па то може бити било која од оних које је требало испунити у Србији. Да је законодавац мислио на карактеристичну обавезу онда је, због правне сигурности и извесности, то изричито морао да одреди.

---

[59] Вид., Дика, Кнежевић, Стојановић, *op. cit.*, 201.

[60] Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр.74/13.

4.2. Посебна међународна надлежност за уговорне спорове према Нацрту ЗМПП

Нови Закон о међународном приватном праву Србије, који је за сада у статусу нацрта, биће донет претпостављамо ускоро и то после 30 година важења актуелног ЗРСЗ. Нови Закон не само да је инспирисан решењима предвиђеним у праву Европске уније, већ у највећој могућој мери представља њихову рецепцију. Такође, овај закон је усклађен са појединим Хашким конвенцијама које наша држава још није ратификовала, као и са најновијим тенденцијама у савременом упоредном међународном приватном праву.[61]

Одредбе о надлежности за уговорне спорове су садржане у општем делу, глави првој (чл.12, 19, 22– 25), као и посебном делу, глави седмој (чл.132–135). У поређењу са ЗРСЗ нови Закон је из поља своје примене, претпостављамо као ексорбитантну, искључио одредбу о посебној надлежности суда Србије по основу настанка обавезе за време боравка туженог у Републици Србији. Све остале одредбе ЗРСЗ су задржане, али су измењене и допуњене где год је то било потребно како би се отклониле недоумице у тумачењу или им се дала нова садржина.

Одредбе релевантне за наша разматрања садржане су у чл. 132 Нацрта ЗМПП и гласе:

1. *Суд Републике Србије је надлежан за спорове из уговорних односа, и ако његова надлежност не произилази из других одредаба овог закона, ако је основ тужбеног захтева обавеза која је извршена или би требало да буде извршена у Републици Србији.*
2. *Ако се странке нису споразумеле другачије, сматра се да је место извршења обавезе из ст. 1. овог члана у Републици Србији:*
   а) *код уговора о продаји робе, ако је у складу са уговором роба испоручена или је требало да буде испоручена у Републици Србији;*
   б) *код уговора о пружању услуга, ако су у складу са уговором услуге пружене или би требало да буду пружене у Републици Србији.*
3. *Суд Републике Србије надлежан је за спор против туженог правног лица у вези с пословањем његовог представништва, заступништва или пословне јединице ако се представ-*

[61] Вид. Извештај Мирка Живковића, председника радне групе за израду Закона о међународном приватном праву, доступном на сајту Министарства правде Републике Србије.

ништво, заступништво или пословна јединица налази у Републици Србији.

Решење предвиђено наведеном одредбом у потпуности одговара решењу усвојеном у Брисел I уредби, само је нешто прецизније. Ту прецизност видимо у изричитом ставу да се код свих врста уговора, осим код уговора о продаји и уговора о пружању услуга, под „обавезом" подразумева она уговорна обавеза на којој се темељи тужбени захтев (ст. 1, чл. 132), што одговара тумачењу Суда ЕУ у случају *De Bloos*. Према другом ставу наведене одредбе чл.132, за уговорне спорове који произилазе из уговора о продаји и уговора о пружању услуга, надлежност се одређује према месту испуњења карактеристичне уговорне обавезе, па ће српски судови бити надлежни онда када се место испоруке робе, односно место пружања услуге налази на територији Републике Србије.

Правило из ст. 3, чл. 132 Нацрта закона, које се односи на спор који произилази из пословања представништва, одговара чл. 55 ЗРСЗ, као и чл. 5(5) Брисел I уредбе. Оно дакле, није ново, само је очекивано другачије систематизовано у односу на ЗРСЗ.

Критике које су у европској стручној и академској јавности изречене на рачун правила о посебној надлежности садржаног у одредби чл. 5(1) Брисел уредбе, могле би се односити и на чл. 132 Нацрта ЗМПП с обзиром на то да су наведене одредбе идентичне и да је о првима било доста речи. Нама се међутим, чини интересантним питање како ће српски судови тумачити и примењивати одредбу чл. 132 новог Закона. Чини се да одговор на ово питање треба тражити у Споразуму о стабилизацији и придруживању (у наставку текста: ССП)[62] који је Србија закључила с Европском унијом 29. априла 2008. и којим се обавезала да ће настојати да обезбеди постепено усклађивање постојећих закона и будућег законодавства са правним тековинама Заједнице (*acquis communautaire*) и да ће обезбедити да се важеће и будуће законодавство правилно примењује и спроводи.[63]

Ако се Нацрт ЗМПП усвоји и постане нови ЗМПП, може се сматрати да је Србија успешно обавила први део посла у процесу хармонизације будући да је прописе у овој области у највећој могућој мери ускладила са релевантним прописима ЕУ. Међутим, остаје чини се, много важније питање – питање примене новог ЗМПП. Иако нема експлицитног објашњења шта се подразумева под „правилном" при-

[62] Споразум о стабилизацији и придруживању ЕУ, *Службени гласник РС*, бр. 103/07 је међународни уговор, потписан 29. априла 2008. између Републике Србије и Европске уније којим се предвиђа обавеза Републике Србије да у договореним ро ковима усклади домаће законодавство са прописима који спадају у правне тековине Европских заједница.

[63] Вид., чл.72 Споразума о стабилизацији и придруживању.

меном нових прописа, нема сумње да ово треба разумети као делотворну примену којом би се постигли циљеви постављени ССП, а то је њихова компатибилност са комунитарним тековинама.[64] У ту сврху, тумачења Суда ЕУ не само да би била корисна, већ би била неопходна у контексту примене новог ЗМПП.

Dr. Milena Petrović

Associate Professor
University of Kragujevac Faculty of Law

ISSUE OF SPECIAL JURISDICTION IN DISPUTES COMING FROM CONTRACTUAL RELATIONSHIP UNDER THE EU AND SERBIAN LAW

Summary

Special jurisdiction in matters of contracts is based on the close link between the cause of action and the territory of the court on which the jurisdiction is conferred. This is exception to the general jurisdiction based on defendant's domicile. It is introduced to legal systems with aims to facilitate the sound administration of justice and to make the balance between parties, giving the plaintiff a choice to bring proceedings to a court of his convenience.

The structure of special jurisdiction rules contained in Brussels I Regulation is very complex. The general rule disguises more than it reveals at first glance and ought to be read in the light of the previous judgments of the ECJ and special rule is the modernizing element as it introduces an autonomous fact-based concept for the most important categories of contracts.

After adoption of the new Serbian Law on International Private Law the rules on special jurisdiction shall be applied in accordance with EU standards, i.e. with ECJ practice.

Key words: *Jurisdiction. – Contractual dispute. – Contractual obligation. – The place of the performance of the obligations.*

64 Више: Р. Вукадиновић, *Како усклађивати домаће прописе са правом Ев ропске уније*, Крагујевац, 2004, 74.

УДК 347.725.036/.037

Др Вук Радовић[*]

УСЛОВИ ЗА ВРШЕЊЕ ПРАВА АКЦИОНАРА НА ПОСТАВЉАЊЕ ПИТАЊА

Право акционара на постављање питања спада у категорију индивидуалних чланских права акционара, које је непосредно везано за право учешћа у раду скупштине. Предмет анализе овог чланка су услови за остваривање овог права. У уводним деловима, аутор је указао на значај и начине информисања акционара, објаснио правну природу права акционара на постављање питања и приказао нову регулативу овог права на међународном и националном плану. Централни део рада је подељен у две главе: прва обрађује питање ко је ималац права на постављање питања, док друга анализира услове за вршење овог права.

За Србију је проучавање права акционара на постављање питања значајно и актуелно, јер нови Закон о привредним друштвима из 2011. године по први пут детаљно уређује ову материју. За акционаре се као основно поставља питање услова за вршење овог права, тј. граница његовог коришћења. Аутор се у овом раду критички осврнуо на важећу регулативу.

Кључне речи: *Акционар. Акционарско друштво. Скупштина акционарског друштва. Право на постављање питања. Директива о правима акционара. Закон о привредним друштвима.*

1. О ЗНАЧАЈУ И НАЧИНИМА ИНФОРМИСАЊА АКЦИОНАРА

Компанијско право и право тржишта капитала су развили бројне начине информисање акционара, који се могу поделити у две категорије.[1]

У прву категорију спадају индивидуална права акционара на информисање. Ова права се остварују у односу између акционара

[*] Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *vuk@ius.bg.ac.rs*

[1] Mathias M. Siems, *Convergence in Shareholder Law*, Cambridge University Press, 2008, 121.

и друштва, тако што праву акционара кореспондира одговарајућа обавеза друштва. За индивидуална права је карактеристично да се обезбеђују сваком акционару друштва, али не и трећим лицима. У ову групу спадају три основна права:

- право акционара на благовремено, потпуно и поуздано информисање пре седнице скупштине акционарског друштва,
- право акционара на постављање питања, и
- право акционара на приступ актима и документима друштва.

Право на информисање пре седнице скупштине се, са једне стране, односи на информисање о времену, месту и дневном реду скупштине, док се, са друге стране, везује за информисање о питањима о којима ће се одлучивати на скупштини.[2] Комуникација између акционара и друштва пре седнице скупштине је једносмерна,[3] и то од друштва ка акционарима. Дужност информисања акционара терети друштво, односно одговарајућа лица и органе у складу са законом. Од акционара се не очекује никаква активност у погледу остваривања овог права.[4]

Право на постављање питања и право на приступ актима и документима друштва разликују се од права на информисање пре седнице скупштине у том смислу што се од акционара очекује активност у погледу остваривања овог права.[5] Наиме, друштво нема никакву обавезу све док акционар не захтева од друштва да му одговори на постављено питање или да му омогући приступ актима и документима друштва. У којој мери ће се ово право користити зависи од самих акционара.

У другу категорију спадају колективна права акционара на информисање. За њих је карактеристично да се не пружају сваком

---

2 ОЕЦД Принципи корпоративног управљања из 2004. године (*OECD Prin ciples of Corporate Governance*), принцип II.C.1.

3 Извештај Високе групе експерата за компанијско право о модерном регу латорном оквиру за компанијско право у Европи Винтеров извештај (*Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*), 4.11.2002, 49.

4 Више о праву акционара на информисање пре седнице скупштине вид.: Вук Радовић, „Информисање акционара пре седнице скупштине акционарског друштва“, *Правни живот* 11/2010, 117 144.

5 Због тога се о праву акционара на постављање питања говори у контексту активизма акционара. Ј. Лепетић, „Право акционара на постављање питања“, *Пра во и привреда* 4 6/2013, 208. Више о активизму акционара вид.: М. С. Васиљевић, *Корпоративно управљање изабране теме*, Удружење правника у привреди Србије, Београд 2013, 64.

појединoм акционару, већ акционарима у целини.[6] Према томе, реч је обавезама друштва да објављују бројне информације. Насупрот тим обавезама не мора стајати право акционара, јер објављене информације не користе само акционари, већ и трећа лица (на пример, регулаторна власт, потенцијални инвеститори, запослени, и др.).[7] Овде спадају бројне обавезе објављивања које намеће право тржишта капитала,[8] посебне обавезе објављивања које прописује право акционарских друштава за одређене тачке дневног реда (на пример, статусне промене, промене правне форме или стицање или располагање имовином велике вредности),[9] и на крају, обавезе објављивања које је последњих деценија увела добра пракса корпоративног управљања.[10]

2. ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА ПРАВА АКЦИОНАРА НА ПОСТАВЉАЊЕ ПИТАЊА

Право на постављање питања је право сваког акционара да друштву постави питање у вези са дневним редом седнице скупштине акционарског друштва и да добије одговор. Отуда би пун назив овог права био право на постављање питања и добијање одговора. Међутим, у теорији се ово право скраћено назива право на постављање питања, које у себи садржи и право на добијање одговора.

У погледу правне природе права акционара на постављање питања истиче се да је реч о чланском, индивидуалном и самокорисном праву.

1. *Чланско право*. Право на постављање питања се сврстава у чланска (лична, статусна) права акционара, првенствено због своје улоге у погледу креирања воље за гласање о одређеној тачки дневног реда.[11] Из чланског карактера овог права произлази да оно није самостално преносиво.[12]

---

[6] Више вид.: Зоран Арсић, „Право акционара на информисање", *Правни живот* 11/2010, 113 114.

[7] M. M. Siems, 121.

[8] Обавеза објављивања информација се сматра кључним регулаторним ме ханизмом на тржишту хартија од вредности. Вид.: Charlotte Villiers, *Corporate Re porting and Company Law,* Cambridge University Press, Cambridge 2006, 179.

[9] Thomas Raiser, Rüdiger Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, Verlag Franz Vahlen, München 2006[4], 236.

[10] Као пример се може навести обавеза објављивања накнаде члановима управе. Више вид.: Вук Радовић, *Накнада члановима управе акционарског друштва (препоруке добре праксе корпоративног управљања)*, Правни факултет Универзите та у Београду, Београд 2011, 411 446.

[11] Christian E. Decher, у: *AktG Großkommentar* (Hrsg. Klaus J. Hopt, Herbert Wiedermann), Walter de Gruyter, Berlin 2001[4], 9; Dietmar Kubis, у: *Münchener Kom*

2. *Индивидуално право*. Право акционара на постављање питања има природу индивидуалног права.[13] Од воље акционара зависи да ли ће и како користити своја законска овлашћења. Одлука скупштине у том погледу не може да надјача ово право акционара.[14] Међутим, не би било исправно рећи да се извшавањем обавезе од стране друштва задовољава само индивидуална потреба акционара за информисањем, јер се везивањем коришћења овог права само за седницу скупштине постиже ефекат утицаја на вољу свих присутних акционара.[15]

3. *Самокорисно право*. Законом се право на постављање питања уређује тако да се прво установе одређена правила, а затим се пропишу изузеци од њих. На тај начин законодавац жели да ускладии супротстављене интересе акционара и друштва.[16] Међутим, погрешно би било рећи да право акционара на постављање питања подједнако служи и интересима акционара и друштва. Акционар који поставља питање ово право користи у сопственом интересу, због чега је исправно закључити да је у основи реч о самокорисном праву. Акционар приликом коришћења овог права не мора да води рачуна о интересима друштва.[17] Баланс између интереса акционара и интереса друштва се постиже увођењем основа за ускраћивање одговора, забраном злоупотребе права и фидуцијарним дужностима акционара.[18]

mentar zum Aktiengesetz, Band 4, §§ 118 147 (Hrsg. Bruno Kropff, Johannes Sem ler), Verlag C. H. Beck/Verlag Franz Vahlen, München 2004[2], 408. Осим утицаја на креирање воље, право на постављање питања представља и начин вршења контроле. Вид.: Götz Hueck, Christine Windbichler, *Gesellschaftsrecht*, Verlag C. H. Beck, Mün chen 2008[21], 363.

[12] Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, Verlag C. H. Beck, München 2006[7], 701; D. Kubis, у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), 408; Gerald Spindler, у: *Aktiengesetz Kommentar*, I. Band §§ 1 149 (Hrsg. Karsten Schmidt, Marcus Lutter), Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2008, 1444; Зоран Арсић, „Право акционара на постављање питања“, *Право и привреда* 5 8/2008, 103.

[13] C. E. Decher, у: K. J. Hopt, H. Wiedermann (Hrsg.), 8 9; U. Hüffer, 701; D. Kubis, у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), 408; T. Raiser, R. Veil, 236.

[14] D. Kubis, у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), 408; G. Spindler, у: K. Schmidt, M. Lutter (Hrsg.), 1445.

[15] D. Kubis, у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), 408.

[16] D. Kubis, у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), 409.

[17] U. Hüffer, 702; D. Kubis, у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), 409.

[18] U. Hüffer, 702; D. Kubis, у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), 409. Слично: З. Арсић (2008), 103.

3. НОВА РЕГУЛАТИВА ПРАВА НА ПОСТАВЉАЊЕ ПИТАЊА

Последњих година је право акционара на постављање питања у многим правним системима претрпело значајне промене. Нова регулатива овог права акционара може се посматрати на нивоу Европске уније, држава чланица Европске уније и Србије.

1. На нивоу Европске уније 2007. године је усвојена Директива о вршењу одређених права акционара у котираним друштвима (даље у тексту: Директива о правима акционара).[19] Директива не уређује на систематичан начин сва права акционара. Наиме, она је ограничена на индивидуална права акционара и то она која су везана за остваривање права гласа и учешћа у раду скупштине. У том погледу директива регулише различита права акционара у различитим фазама поступка сазивања и одржавања скупштинских седница, а односе се на: 1. услове за учествовање и гласање на седницама скупштине, 2. информисање акционара пре седнице скупштине, 3. комуникацију акционара и друштва, 4. гласање акционара у одсуству, и 5. утврђивање и објављивање резултата гласања.[20] Право акционара на постављање питања је нашло своје место међу правима регулисаним директивом.[21] Уз права акционара у вези са дневним редом,[22] ово право се тематски може сврстати у групу права која се односе на комуникацију акционара и друштва.[23]

Усвојена директива није детаљно уредила право акционара на постављање питања, већ се определила за прописивање минималних стандарда. Практично посматрано, директива само гарантује акционарима право на постављање питања и обавезује друштво да одговори на постављена питања. Према томе, регулисање већине питања релевантних за остваривање овог права је препуштено државама чланицама. Отуда се може рећи да не постоје јединствена правила на нивоу Европске уније о праву акционара на постављање питања, јер је минимална хармонизација довела да различитих решења међу

19 Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies Директива о правима акционара, *Official Journal* L 184, 14.7.2007.

20 Више вид.: Вук Радовић, у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић, Татјана Јевремовић Петровић, *Компанијско право Европске уније*, Правни факултет Универ зитета у Београду, Београд 2012, 184 213.

21 Директива о правима акционара, чл. 9.

22 Два основна права акционара у вези са дневним редом су право на проширење дневног реда и право на предлагање одлука. Више вид.: Вук Радовић, „Права акционара у вези са дневним редом скупштине акционарског друштва“, *Пра во и привреда* 4 6/2011, 164 167.

23 Dirk Zetzsche, „Shareholder Passivity, Cross Border Voting and the Sharehold er Rights Directive“, 2008, 42, *http://ssrn.com/abstract 1120915*, 2. август 2011.

државама чланицама. Чини се да је за Европску комисију гаранција постојања овог права била довољна, а да националне разноликости неће представљати већу препреку за даљи развој унутрашњег тржишта.

Одредба о праву акционара на постављање питања није била неспорна. Првобитно решење нацрта директиве поднетог од стране Европске комисије се у два аспекта разликује у односу на усвојено решење:[24] прво, на инсистирање Немачке проширено је право акционара на постављање питања, тако што је избачена одредба према којој се право на постављање питања може користити само пре седнице скупштине, и друго, укинута је обавеза друштава да на Интернет страни предвиде каталог питања и одговора.[25]

2. Државе чланице Европске уније су на основу Директиве о правима акционара имале обавезу да имплементирају минимална правила о праву акционара на постављање питања до августа 2009. године. У том погледу је интересантно приметити да су неке државе и пре детаљно уређивале ову материју, те нису морале да се додатно усаглашавају са директивом (на пример, Немачка и Француска[26]), друге државе ово право акционара нису познавале као право законског карактера, тако да су морале да га уведу (на пример, Велика Британија[27]), док су трећу категорију чиниле државе које су ово право увеле у своја законодавства, али без детаљне разраде (на пример, Белгија и Холандија[28]).[29]

[24] Више вид.: Florian Ochmann, *Die Aktionärsrechte Richtlinie Auswirkungen auf das deutsche und europäische Recht*, De Gruyter Recht, Berlin 2009, 143 144.

[25] Више о решењима Предлога директиве из 2006. године вид.: Jessica Schmidt, „Die geplante Richtlinie über Aktionärsrechte und ihre Bedeutung für das deut sche Recht“, *Betriebs Berater* 31/2006, 1643 1644.

[26] Француска је по усвајању директиве незнатно променила своју регулативу права акционара на постављање питања, и то тако што је увела две нове одредбе, једну која је омогућила члановима управе да дају један одговор на више питања која имају исту садржину, и другу, која омогућава друштву да унапред одговори на одређена (најчешће постављана) питања. Вид.: Ordonnance n° 2010 1511 portant transposition de la directive 2007/36/ CE du 11 juillet 2007 concernant l’exercice de cer tains droits des actionnaires de sociétés cotées, *Journal Officiel* n°0286, 9.12.2010.

[27] Велика Британија је ово право акционара увела законским изменама из 2009. године (The Companies (Shareholders’ Rights) Regulations 2009, 3.8.2009).

[28] Холандија је право акционара на постављање питања увела законским из менама из 1971. године, док је Белгија то исто учинила 1984. године. У обе државе је ово право акционара и раније било препознато од стране правне теорије. Вид.: Christoph Van der Elst, „Question time? The Shareholder’s Right to Ask Questions as Appropriate Stewardship Tool“, *Право и привреда* 4 6/2012, 38.

[29] За упоредни приказ националних решења о праву акционара на постављање питања на почетку овог миленијума вид.: C. E. Decher, у: K. J. Hopt, H. Wiedermann (Hrsg.), 32 36.

3. У Србији је право акционара на постављање питања уведено Законом о привредним друштвима из 2004. године.[30] Основни недостаци ове регулативе су поднормираност и непрецизност. Наиме, закон само гарантује акционарима вршење овог права. Међутим, ни ту није у потпуности јасна законска концепција, јер се она изричито ослања на статутарно и законско уређење овог питања. У овом погледу две чињенице су неприхватљиве: прво, статутарно уређење права акционара на постављање питања је непримерено имајући у виду да статут доноси и мења управни одбор, што практично значи да би управни одбор одлучивао о опсегу једног права акционара, и друго, законска констатација да се право на постављање питања врши у складу са законом је нелогична, ако се има у виду да закон ни на једном месту више не помиње ово право акционара. Посебно проблематичан аспект овог закона је тзв. привидна гаранција вршења овог права од стране акционара, јер се закон не изјашњава о дозвољености укидања, односно ограничавања овог права на нивоу статута. Према томе, смисао „регулативе“ права на постављање питања је у њеној дерегулацији, тј. у жељи да се ово право акционара детаљно уређује на нивоу акционарског друштва, а не законом. Премда оваква концепција није нелогична, она је из угла заштите права акционара погубна, јер акционари заправо не знају да ли ово право имају или немају у случају да статут ово питање не уређује. Такође, акционарска већина може да издејствује промене статута у правцу отежавања вршења овог права или чак његовог укидања, што значи да ово право не може да служи ни ефикасној заштити мањинских акционара. У сваком случају, приказана лаконска одредба закона је била зрела за промене.

Нови Закон о привредним друштвима из 2011. године фундаментално мења досадашњу филозофију уређења права акционара на постављање питања.[31] Уместо нерегулативе, законодавац се определио за детаљно уређење. Жеља је била да се што више питања уреде законом, како би се оставило мало простора аутономној регулативи. То не значи да интерни акти друштва (статут и пословник скупштине) не могу да уреде нека питања од значаја за остваривање овог права, али је закон и у том погледу поставио значајна ограничења.

Садржински посматрано може се констатовати да се одредбе новог Закона о привредним друштвима у великој мери ослањају на немачку концепцију права акционара на постављање питања. Ако се има у виду да Немачка традиционално има најдетаљнију регулати-

---

[30] Закон о привредним друштвима ЗОПД 2004 (*Службени гласник РС*, бр. 125/04), чл. 275, ст. 2.

[31] Закон о привредним друштвима ЗОПД 2011 (*Службени гласник РС*, бр. 36/11 и 99/11), чл. 342 343.

ву и најразвијенију праксу коришћења овог права, узимање њиховог решења као модела може се оценити као добра стратегија. Међутим, не треба сметнути са ума да је немачка концепција често критикована у теорији, јер она развија склоност акционара ка злоупотребама права које им је дато.

Осим немачког решења, српски закон је водио рачуна и о минималним захтевима Директиве о правима акционара. Сагледавајући у целини законско уређење права акционара на постављање питања може се констатовати да је Србија у потпуности хармонизована са комунитарним правом.

4. АКЦИОНАР КАО ИМАЛАЦ ПРАВА НА ПОСТАВЉАЊЕ ПИТАЊА

Лице које жели да користи право на постављање питања мора да испуни два услова: прво, да има својство акционара у моменту постављања питања, и друго, да има право да учествује у раду скупштине.[32]

4.1. Својство акционара

Право на постављање питања је индивидуално право сваког акционара.[33] Оно не зависи од броја акција које акционар поседује.[34] То значи да и једна акција даје право на постављање питања.[35] Према томе, одговарајуће капитал-учешће није услов за коришћење овог права, јер је оно везано за сваког акционара (чланско право), тј. садржано у свакој акцији. У том погледу је ово право постављено на најшири могући начин, због чега га треба третирати и као право мањинских акционара. Право на постављање питања немају имаоци гараната, замењивих обвезница и других сличних хартија од вредности.[36]

32 D. Kubis, у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), 411.

33 Из овог правила се изводи закључак према коме ово право не припада скупштини, као органу акционарског друштва. О дилемама везаним за право скуп штине на постављање питања у холандској судској пракси више вид.: C. Van der Elst, 43.

34 C. E. Decher, у: K. J. Hopt, H. Wiedermann (Hrsg.), 37; G. Spindler, у: K. Schmidt, M. Lutter (Hrsg.), 1448; T. Raiser, R. Veil, 236; З. Арсић (2008), 103.

35 Meilicke Heidel, „Das Auskunftsrecht des Aktionärs in der Hauptversammlung (Teil I)“, *Deutsches Steuerrecht* 1992, 73; C. E. Decher, у: K. J. Hopt, H. Wiedermann (Hrsg.), 37; U. Hüffer, 702; З. Арсић (2008), 103.

36 C. E. Decher, у: K. J. Hopt, H. Wiedermann (Hrsg.), 37. У неким државама (на пример, Белгији и Холандији) се примењује супротно правило. Вид.: C. Van der Elst, 40 41.

4.2. Право учешћа у раду скупштине

Право на постављање питања није везано за поседовање акција које дају право гласа,[37] већ за право учешћа у раду скупштине.[38] Отуда сваки акционар који има право да учествује у раду скупштине има и право на постављање питања.[39] Из оваквог правила јасно произлази да ово право припада имаоцима преференцијалних акција, имаоцима делимично уплаћених акција и акционарима којима је искључено право гласа.[40] Акционар који је отуђио акције након дана акционара задржава право да учествује у раду скупштине,[41] а тиме и право на постављање питања, иако фактички више није акционар.[42] Међутим, ово право не припада плодоуживаоцу, јер овлашћење за његово коришћење задржава акционар.[43] Такође, ни залогопримац нема право на постављање питања, јер право гласа по основу акција датих у залогу има акционар као залогодавац.[44] Лица која имају право да учествују у раду скупштине по неком другом основу, а не по основу својства акционара (на пример, чланови управе, представници штампе, запослени, ревизор) немају право на постављање питања.[45]

Према Директиви о правима акционара, право на постављање питања има сваки акционар. У том погледу нису прописана никаква ограничења. Државама чланицама није дозвољено да условљавају коришћење овог права поседовањем одговарајућег капитал-учешћа, јер оно припада сваком акционару, без обзира на број акција.[46] Једини услов је да лице у тренутку постављања питања има статус акционара. Директива није предвидела да само акционар који има право учешћа у раду скупштине има ово право. Међутим, прописивање овог услова на националним нивоу је у складу са комунитарним правом.

---

[37] U. Hüffer, 702.

[38] C. E. Decher, у: K. J. Hopt, H. Wiedermann (Hrsg.), 37. О садржини права учешћа у раду скупштине вид.: М. С. Васиљевић, *Компанијско право право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 312.

[39] Акционар који не испуни услове за учешће у раду скупштине нема право на постављање питања. Вид.: G. Spindler, у: K. Schmidt, M. Lutter (Hrsg.), 1449.

[40] C. E. Decher, у: K. J. Hopt, H. Wiedermann (Hrsg.), 37; U. Hüffer, 702; G. Spindler, у: K. Schmidt, M. Lutter (Hrsg.), 1448; З. Арсић (2008), 103; Ј. Лепетић, 213.

[41] ЗОПД 2011, чл. 331, ст. 3.

[42] Ј. Лепетић, 213.

[43] C. E. Decher, у: K. J. Hopt, H. Wiedermann (Hrsg.), 37 38.

[44] ЗОПД 2011, чл. 361.

[45] C. E. Decher, у: K. J. Hopt, H. Wiedermann (Hrsg.), 38; З. Арсић (2008), 104. Неки аутори заговарају прихватање супротног становишта, према коме право на постављање питања треба везати искључиво за право учешћа у раду скупштине, а не и за својство акционара. Нав. према: C. Van der Elst, 41 42.

[46] Ulrich Noack, „Die Aktionärsrechte Richtlinie", 12, *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract id 1138735*, 17.4.2008.

Закон о привредним друштвима из 2011. године у потпуности прати приказану логику, јер прописује да право на постављање питања има „акционар који има право на учешће у раду скупштине“. Према томе, право је везано за сваког акционара који има право да учествује у раду скупштине. Законом је предвиђено да се статутом може утврдити минималан број акција које акционар мора да поседује како би имао право да учествује у раду скупштине, при чему тај број не може бити већи од броја акција које представљају 0,1% укупног броја акција одређене класе.[47] На тај начин се индиректно може ограничити право акционара на постављање питања,[48] али само под условом да је циљ ограничења обезбеђивање реда на скупштинским седницама.[49]

Право на постављање питања акционар може да остварује лично или преко пуномоћника. Могућност вршења овог права преко трећег лица је последица чињенице да ово право нема карактер високо личног права.[50] Од акционара се не очекује да пуномоћнику даје посебно овлашћење за постављање питања, већ се сматра да је оно садржано у пуномоћју за гласање.[51] Немачка теорија је подељена у погледу одговора на питање да ли пуномоћник може да користи право на постављање питања и у погледу тачака дневног реда које не захтевају гласање, док у Великој Британији ово право имају само чланови који присуствују скупштинској седници.[52] Имајући у виду да у српском праву пуномоћник има иста права у погледу учешћа у раду седнице скупштине као и акционар који га је овластио,[53] треба заузети став да пуномоћник може да поставља питања и у погледу тачака дневног реда у оквиру којих се не доноси никаква одлука.[54]

5. УСЛОВИ ЗА КОРИШЋЕЊЕ ПРАВА АКЦИОНАРА НА ПОСТАВЉАЊЕ ПИТАЊА

У националним законодавствима и корпоративној пракси присутни су различити услови за пуноважно вршење права на постављање питања од стране акционара. У даљем тексту биће речи

47 ЗОПД 2011, чл. 328, ст. 3.

48 Ј. Лепетић, 212.

49 ЗОПД 2011, чл. 328, ст. 5.

50 U. Hüffer, 703; D. Kubis, у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), 412; G. Spindler, у: K. Schmidt, M. Lutter (Hrsg.), 1449; З. Арсић (2008), 103.

51 C. E. Decher, у: K. J. Hopt, H. Wiedermann (Hrsg.), 37; U. Hüffer, 703; З. Арсић (2008), 103.

52 Вид.: C. Van der Elst, 43.

53 ЗОПД 2011, чл. 344, ст. 2.

54 Супротно вид.: З. Арсић (2008), 104.

о најзначајнијим условима за коришћење овог права који стварају обавезу давања одговора.

5.1. Везаност за тачке дневног реда

Право на постављање питања је уско везано за учешће акционара у раду предстојеће седнице скупштине. Због тога се као основни услов за коришћење овог права захтева да постављено питање мора бити у вези са тачкама дневног реда за седницу скупштине акционарског друштва. Ово је уједно и једини услов који је прописала Директива о правима акционара.[55]

Смисао овог услова је у томе да се онемогуће акционари да постављају општа питања (питања „о свему и свачему"), како би се обезбедило да се ово право користи само у сврхе учествовања и гласања на седници скупштине. Такође, не сме се занемарити ни финансијски аспект, јер би обавеза давања одговора на сва питања довела до значајног повећања трошкова.

Питање се може односити на сваку тачку дневног реда, без обзира да ли се о њој само води расправа или се и доноси одлука.[56] Ово је у складу са концептом према коме се право на постављање питања везује за учешће у раду скупштинске седнице, а не и коришћење права гласа.

Везивањем питања за дневни ред се врши предметна локализација овог права, тако да акционари немају потпуну слободу приликом одређивања садржаја постављеног питања. Заправо реч о је најзначајнијем, а најчешће и јединим, материјалном ограничењу овог права.

У српском праву акционар може да постави „питања која се односе на тачке дневног реда седнице, као и друга питања у вези са друштвом само у мери у којој су одговори на та питања неопходни за правилну процену питања која се односе на тачке дневног реда седнице".[57] Према томе постоје две врсте питања у односу на која акционар има право да очекује одговор.

1. *Питања која се односе на тачке дневног реда.* Прва група обухвата сва она питања која за предмет имају садржину одређене тачке дневног реда. Веза између питања и тачке дневног реда мора

---

[55] Директива о правима акционара, чл. 9, ст. 1. У првом нацрту директиве питања нису морала да имају везу са дневним редом, што значи да је постојала оба веза давања одговора и на општа питања. Међутим, бројне критике су се усмериле на ову одредбу, те је она у коначној верзији промењена. Више вид.: F. Ochmann, 144 145.

[56] З. Арсић (2008), 105.

[57] ЗОПД 2011, чл. 342, ст. 1.

бити директна. Питања ће се најчешће односити на прецизирање појмовног одређења генеричких речи употребљених у предлогу (на пример, шта ће се сматрати „адекватном мером“, ко чини „менаџмент“ друштва, шта се подразумева под „проширењем делатности“ и сл.), начин попуњавања празнина уочених у предлогу (тј. да ли су и та питања покривена предлогом или су намерно изостављена), додатно образложење предлога или неких његових делова, и сл. Циљ ових питања је да се разјасне све нејасности везане за конкретну тачку дневног реда, како би се схватио прави домашај одлуке.

Питања која се односе на тачке дневног реда могу се односити и на друштво, што ће у пракси бити релативно чест случај. Међутим, тада се неће радити о другој врсти питања, тј. питањима у вези са друштвом, већ ће се третирати као питања која се односе на тачке дневног реда. Практичан значај овог разликовања је у томе да питање које се односи на одређену тачку дневног реда, а у вези је са друштвом, је као такво дозвољено, те се не захтева испуњење неког додатног услова.

2. *Питања у вези са друштвом*. Другу врсту дозвољених питања чине питања у вези са друштвом која не произлазе директно из одређене тачке дневног реда. За ту врсту питања је потребно да се испуне два додатна услова.

1) Питање мора да буде у вези са друштвом. Решење српског права је помало непрецизно, јер није јасно које су границе овог услова. Немачка теорија у том погледу нуди одређена појашњења. Тако, питање треба да се односи на акционарско друштво и његово пословање.[58] Питање не сме да се односи на друга правна или физичка лица.[59] Исто важи и за чланове органа акционарског друштва, осим ако нису обухваћени садржином одређене тачке дневног реда (на пример, разрешење неког члана управног одбора).

2) Одговор на питање мора бити неопходан за правилну процену предмета одређене тачке дневног реда седнице (услов неопходности). Да би овај услов могао да се примењује, он се мора објективизирати. У том погледу је најбоље да се за процену испуњености услова неопходности узме просечан акционар који објективно размишља и који друштво познаје само на основу општепознатих чињеница.[60] Субјективне елементе, попут посебних знања акционара или мотива

[58] U. Hüffer, 704; G. Spindler, у: K. Schmidt, M. Lutter (Hrsg.), 1453; T. Raiser, R. Veil, 237.

[59] U. Hüffer, 705.

[60] U. Hüffer, 705; D. Kubis, у: B. Kropff, J. Semler (Hrsg.), 421; G. Spindler, у: K. Schmidt, M. Lutter (Hrsg.), 1454 1455; T. Raiser, R. Veil, 238; Jakša Barbić, *Pravo društava društva kapitala*, Organizator, Zagreb 2007^4, 365.

за постављање питања, треба занемарити.[61] Тако би акционар могао поставити питање на које зна одговор или које занима другог акционара.

Испуњеност услова неопходности се процењује у сваком конкретном случају. Битно је само да одговор на питање мора бити важан елемент за заузимање става у погледу одређене тачке дневног реда. За различите тачке дневног реда он ће имати различиту садржину. У иностраној пракси се показало да су посебно проблематичне оне тачке дневног реда, попут усвајања финансијских извештаја, извештаја ревизора, расподеле добити и разрешења чланова управе, које због своје ширине онемогућавају да се за било које питање у вези са друштвом каже да није релевантно за правилну процену.[62]

Према Закону о привредним друштвима предвиђено је и једно специфично правило које се односи на повезана друштва. Према њему, ако се на седници скупштине матичног друштва расправља о консолидованом финансијском извештају, право на постављање питања постоји и у односу на пословање повезаних друштава која су укључена у консолидовани финансијски извештај.[63] Обавеза сачињавања консолидованих финансијских извештаја предвиђена је Законом о рачуноводству и ревизији, а односи се на економску целину коју чине матично и сва зависна правна лица.[64] У погледу ове регулативе могу се упутити једна крупна и две ситне замерке. Крупна замерка се односи на сужавање права на постављање питања само на акционаре матичног друштва.[65] На тај начин су акционари зависних друштава у потпуности искључени, јер се њима не пружа иста могућност. Прва ситна замерка се односи на питање да ли је Србији било потребно посебно правило које се односи на право на постављање питања у контексту повезаних друштава, имајући у виду да ово право акционара постоји у односу на питања која за предмет имају садржину одређене тачке дневног реда (чини се да тачка дневног реда која се односи консолидован финансијски извештај већ у себи садржи потенцијал да се постављају питања у вези са повезаним друштвима),[66] и друго, у закону је предвиђено да право на

[61] З. Арсић (2008), 105.

[62] U. Hüffer, 705; J. Barbić, 365; З. Арсић (2008), 106. Више о границама коришћења права на постављање питања у контексту најспорнијих тачака дневног реда вид.: C. E. Decher, у: K. J. Hopt, H. Wiedermann (Hrsg.), 67 100; G. Spindler, у: K. Schmidt, M. Lutter (Hrsg.), 1461 1468.

[63] ЗОПД 2011, чл. 342, ст. 2.

[64] Закон о рачуноводству и ревизији (*Службени гласник РС*, бр. 46/06, 111/09), чл. 27.

[65] Упор.: немачки Закон о акцијама AktG (нем. *Aktiengesetz*) из 1965. године (са изменама до 2011. године), чл. 131, ст. 1.

[66] Одредба је преписана из немачког права, али се није водило рачуна о томе да се у немачком праву питање акционара мора односити на пословање акционар

постављање питања постоји у односу на пословање повезаних друштава, што није потпуно решење, јер је требало прописати да се право односи и на пословање групе друштава.

5.2. Рок за коришћење права

Питање времена када акционари имају право да постављају питања је једно од теоријски и практично најспорнијих питања. У том погледу су могућа четири одговора, при чему су први и други чисти модели, док трећи и четврти представљају комбинације прва два.

1. *Први модел – право на постављање питања пре седнице*. Према првом моделу, право на постављање питања може се користити само пре почетка седнице скупштине. Смисао овог решења је у растерећењу скупштине, чиме се оно премешта у фазу припреме.[67] На овај начин управа унапред зна која су све питања постављена, тако да може на време да одговори на њих, а евентуално и да састави каталог најчешћих питања са одговорима пре седнице.[68] Акционари ово право могу да користе у дефинисаном року пре седнице скупштине. Због обавезе везивања питања за дневни ред, најранији тренутак за коришћење овог права је објављивање дневног реда. Неодређивање рока за вршење овог права би омогућило акционарима да право врше у свако доба, у складу са идејом да је „после скупштине пре скупштине", што је неприхватљиво.[69] Право на постављање питања пре седнице традиционално прихвата француско право.[70]

2. *Други модел – право на постављање питања за време седнице*. Други модел право на постављање питања везује искључиво за седницу скупштине. Само онај акционар који је присутан на скупштинској седници може да поставља питања. Према томе, скупштина је место где се постављају питања и дају одговори. Веза овог модела са правом учешћа у раду скупштине је директна и очигледна, те се право на постављање питања може третирати као помоћно право, које служи остваривању права учешћа у раду скупштине. Немачка је држава која најдуже прихвата овај модел постављања питања.

ског друштва уз испуњење услова неопходности. Вид.: немачки AktG, чл. 131, ст. 1. За разлику од ове регулативе, српско право омогућава акционарима да постављају и питања која се односе на тачке дневног реда.

67 F. Ochmann, 144.

68 J. Schmidt, 1644.

69 F. Ochmann, 144.

70 Француски Трговински законик CC (фр. *Code de Commerce*), чл. L 225 108(3).

Основна предност прихватања права на постављање питања за време седнице је у томе што се седница претвара у место где се вишестрано расправља и полемише о тачкама дневног реда. На тај начин се расправа не одвија само између акционара, већ и између акционара који постављају питања и чланова управе који дају одговоре на постављена питања. Питања и одговори на седници пружају вишеструке користи и осталим акционарима, који не учествују у расправи, јер добијају више информација на основу којих могу да одлуче како ће гласати о појединим тачкама дневног реда.

Основни недостатак овог модела је у већим могућностима злоупотреба. Иностранa (махом немачка) пракса је показала да су акционари склони коришћењу овог права не у сврхе информисања, већ ради остваривања неких других недозвољених циљева (на пример, одуговлачење седнице, блокада рада скупштине, шиканирање чланова управе и председника скупштине, и сл.).[71]

3. *Трећи (мешовити) модел – кумулација прва два модела*. Трећи модел кумулира два основна модела, тако да акционар има право на постављање питања у одређеном року пре седнице, али и за време трајања седнице. Ова варијанта мешовитог модела је из угла акционара најповољнија, јер им даје највише права, али је из угла друштва најнеповољнија, због изразито високих трошкова које генерише.

4. *Четврти модел – аутономија друштава*. Четврти модел омогућава друштвима да оптирају за неки од претходна три модела, при чему се један од њих прописује као диспозитивно правило. Према томе, прва три модела су постављена као алтернативна решења. Овај модел се заснива на принципу аутономног уређења периода за коришћење права акционара на постављање питања, где се сваком акционарском друштву препушта да изабере модел који сматра да највише одговара његовим интересима, у складу с идејом да „друштва знају шта је за њих најбоље". Ако се држава определи за фаворизацију аутономије, онда би било упутно да се одређени модел (први или други) прихвати као минималан, а да се друштвима омогући да дају акционарима више права (тј. да оптирају за трећи модел) или да се прихвати трећи модел као основни, а да се друштвима омогући сужавање овог права, тако што би оптирали за први или други модел.

Директива о правима акционара се није изјаснила у погледу рока за коришћење права акционара на постављање питања. У пре-

[71] Више о забрани коришћења права на постављање питања с циљем злоупо требе права вид.: Marcus Geißler, „Die aktienrechtliche Auskunftsanspruch im Grenzbe reich der Missbrauchs", *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2001, 539 545.

амбули изричито стоји да се одговор на питање, када акционари могу да поставе питање, препушта регулативи држава чланица.[72] На овај начин је постигнут компромис између оних држава које дозвољавају коришћење права гласа пре седнице скупштине и држава које остваривање овог права условљавају присуством на скупштинској седници. У основи овакав систем највише одговара и државама које нису законски уређивале ово право акционара, јер им омогућава да додатно размисле о начину усклађивања свог законодавства са комунитарним.

Закон о привредним друштвима из 2004. године није се изјашњавао у погледу рока за коришћење права акционара на постављање питања. У теорији је изнет став према коме акционари ово право могу остваривати само за време седнице, јер члан који ово прво предвиђа садржи општа правила за остваривање права на скупштинским седницама.[73] Међутим, то не значи да друштва на аутономној основи нису могла да прошире ово право и на период пре седнице.

Закон о привредним друштвима из 2011. године такође не одређује период у коме акционари могу да користе право на постављање питања. Овакво решење није прихватљиво и концепцијски је недоследно. Наиме, ако се законодавац одлучио за детаљну регулативу права на постављање питања, онда је било нужно и да се одреди у ком року акционари ово право могу да остварују. Очигледна правна празнина која постоји у нашем закону отвара као најзначајнија следећа два питања: које правило треба сматрати диспозитивним и које су границе аутономне регулативе акционарских друштава?

1) Одговор на прво питање је проблематичан, јер закон у делу који се односи на ово право не наговештава који модел прихвата као диспозитивно правило. Међутим, чини се да треба заузети став према коме акционари могу да постављају питања за време скупштинске седнице (други модел). Овакво решење је оправдано из најмање четири разлога:

- прво, Закон о привредним друштвима у опсег права акционара да учествује у раду скупштине укључује и право постављања питања;[74]
- друго, у обавезну садржину записника са седнице скупштине улазе и постављена питања акционара;[75]
- треће, норме нашег закона о праву акционара на постављање питања су очигледно писане под великим утицајем немачког

[72] Директива о правима акционара, преамбула, рецитал (8).

[73] З. Арсић (2008), 104.

[74] ЗОПД 2011, чл. 328, ст. 2, тач. 2.

[75] ЗОПД 2011, чл. 363, ст. 5, тач. 7.

права, где се коришћење овог права за време седнице сматра неспорним правилом; и

– четврто, ако се не би прихватило ово правило нејасно је које би онда правило могло да се примени и на који начин (једна варијанта би била да се примени први модел, али би се у том случају морало претпоставити од ког тренутка пре седнице акционари имају ово право, док би друга варијанта била да се прихвати трећи модел, који би поред претходно наведеног недостатка био финансијски исцрпљујући за акционарска друштва).

Извесну забуну у наведени закључак уноси одредба Закона о привредним друштвима према којој позив за седницу обавезно садржи обавештење о правима акционара на постављање питања уз навођење рокова у којима се та права могу користити.[76] Међутим, из ње не треба извући закључак да акционари по закону ово право имају и пре седнице скупштине, већ се оно примењује само у случају да им друштво то омогући.

Ако се прихвати становиште да се питање обавезно поставља на седници, онда је оправдано и додатно ограничити ово право акционара, тако што би се предвидело да се питање мора поставити до закључења тачке дневног реда у односу на коју се питање поставља.[77]

2) На питање које су границе аутономне регулативе акционарских друштава у овој области мора се поћи од констатације да су законска правила о праву акционара на постављање питања императивне природе. Тим правилима се акционарима гарантује минималан степен заштите. То значи да у српском праву акционари могу да рачунају са тим да увек могу да постављају питање за време трајања скупштинске седнице. Међутим, то не значи да акционарско друштво не може да одлучи да прошири ово право акционара, тако што би им се омогућило да питања постављају и пре седнице. Фактички је коришћење овог права пре седнице могуће тек од тренутка када је акционарима достављен позив за седницу са дневним редом.[78]

5.3. Форма и садржина питања

Теоријски, акционари могу да поставе питање у писаној и/или усменој форми.[79] Која ће форма бити прихваћена зависи од државе и

[76] ЗОПД 2011, чл. 335, ст. 2, тач. 1 у вези са 335, ст. 1, тач. 7.

[77] J. Barbić, 366.

[78] J. Лепетић, 216.

[79] J. Лепетић, 214.

самог акционарског друштва. У Србији питање форме није законом уређено. Због тога би требало претпоставити диспозитивно правило према коме акционари имају право да питања постављају у усменој или писменој форми. На овај начин се примењује аналогија са остваривањем права гласа, као једног од најзначајнијих права акционара које се остварује на седници, јер према новом Закону о привредним друштвима акционари имају право да гласају писаним путем.[80] Акционарска друштва би интерним актима могла да пропишу обавезну усмену форму питања, али не би било дозвољено да се захтева само писана форма. Према томе, усмено постављање питања треба да буде правило. Начело усмености се правда тиме да се рад скупштине заснива на принципима расправности и транспарентности, а писана форма постављања питања је у латентној колизији са поменутим принципима. Због тога у случају дозвољености постављања питања писаним путем, оправдано је да се од акционара или неког другог лица (на пример, председника скупштине, записничара, и сл.) захтева да усмено прочита питање или да у случају обимног писаног материјала питање укратко преприча.

У упоредном праву је нарочито проблематизована могућност акционара да питања постављају преко Интернета.[81] На овај начин се у потпуности штите интереси акционара, јер им се пружа још један модалитет постављања питања, који је у погледу комфора и трошкова далеко повољнији од осталих (класичних) начина. Постављање питања преко Интернета је у складу са концептом развоја гласања у одсуству, што би неспорно погодовало нерезидентним акционарима.[82] Међутим, не сме се изгубити из вида да би дозвољеност постављања питања преко Интернета створило и два велика проблема: први, постоји оправдана бојазан да би друштва била претрпана („бомбардована“) питањима на која управа не би била у стању да одговори,[83] и други, проблем сметњи Интернет приступа.[84] На основу реченог је оправдано запитати се да ли треба креирати нове основе за побијање скупштинских одлука. У праву Србије акционари немају право да постављају питања преко Интернета, али није забрањено акционарским друштвима да уведу овакав начин остваривања овог права.

Поред форме може се поставити и питање обавезне садржине (елемената) питања. У том погледу треба констатовати да законодав-

---

80 ЗОПД 2011, чл. 340.

81 Више о постављању питања електронским путем у немачком праву вид.: Christian Kersting, „Das Auskunftsrecht des Aktionärs bei elektronischer Teilnahme an der Hauptversammlung (§§ 118, 131 AktG)“, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2010, 130 135.

82 Упор.: J. Schmidt, 1644.

83 J. Schmidt, 1644.

84 F. Ochmann, 145.

ства не захтевају да питање мора имати одређену садржину. Једино је битно да питање буде у вези са тачком дневног реда.

Питање акционара не мора да буде образложено.[85] Акционар се не може обавезати да образложи зашто поставља одређено питање, односно због чега сматра да је одговор потребан за правилну процену питања које се односи на тачку дневног реда.[86] Супротно реченом, акционар увек има право да образложи своје питање.[87]

5.4. Други услови прописани интерним актима друштва

Уобичајено је да се право акционара на постављање питања додатно уређује и интерним актима друштва, што подразумева и могућност даљег ограничавања овог права, ван услова прописаних законом.[88] Тако је у праву Србије прописано да се поступак постављања питања може уредити статутом или пословником о раду скупштине.[89] Међутим, оправдано се намеће питање граница даљег ограничавања овог права. У том погледу је дозвољено да се интерном регулативом пропишу услови за вршење овог права али само ако имају за циљ:

а) идентификацију акционара – овде би спадали сви они услови којима се жели осигурати да је лице које поставља питање акционар друштва (на пример, изводом из Централног регистра на дан утврђивања акционара);

б) одржавање реда на седници – како постављање питања не би постало оруђе за одуговлачење трајања седница скупштине и саботирање доношења одлука, друштва би могла додатно да ограниче коришћење овог права,[90] примера ради, лимитирањем броја питања (на пример, највише се могу поставити три питања)[91] или

---

85 J. Barbić, 366; З. Арсић (2008), 104.

86 З. Арсић (2008), 104.

87 З. Арсић (2008), 105.

88 О новијој немачкој пракси дозвољености интерних ограничења права акционара на постављање питања више вид.: Lutz Angerer, „Die Beschränkung des Rede und Fragerechts des Aktionärs in der Hauptversammlung“, *Zeitschrift für Unter nehmens und Gesellschaftsrecht* 2011, 27 37; Christian Kersting, „Eine Niederlage für Berufskläger? Zur Zulässigkeit inhaltlicher Beschränkungen des Frage und Rederechts der Aktionäre gem. § 131 II 2 AktG Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 8. 2. 2010 II ZR 94/08 Redezeitbeschränkung“, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2010, 446 449.

89 ЗОПД 2011, чл. 342, ст. 5.

90 C. Van der Elst, 50.

91 У овом случају постојала би обавеза управе да накнадно писмено одгово ри и на друга питања. Вид.: U. Hüffer, 702.

времена за њихово постављање (на пример, три минута по питању или пет минута по акционару);[92]

в) адекватну припрему седнице – овде би могли да се сврстају услови који се односе на вршење овог права пре седнице скупштине (на пример, у ком року акционари морају да поставе питање пре седнице),[93] а потенцијално би се могло говорити и о обавези најаве сложенијих питања или генерално најаве броја питања у односу на сваку тачку дневног реда – циљ овог ограничења је да се омогући члановима управе адекватна припрема за седницу скупштине;

г) заштиту пословне тајне и пословних интереса друштва – овде је реч о два одвојена појма, при чему је први ограниченог домена примене, јер се везује за пословну тајну, која је дефинисана Законом о привредним друштвима,[94] док је други ширег опсега, јер обухвата све оно што законом или интерним прописима није одређено као пословна тајна а чини пословни интерес друштва.[95]

Приказана одредба Закона о привредним друштвима је писана под очигледним утицајем Директиве о правима акционара која је омогућила државама чланицама или акционарским друштвима да сужавају право акционара на постављање питања из четири горенаведена разлога.[96] При том се Србија определила да евентуално сужавање овог права препусти акционарским друштвима.

6. ПРЕПОРУКЕ ЗА УНАПРЕЂЕЊЕ ПОЗИТИВНОПРАВНЕ РЕГУЛАТИВЕ ПРАВА АКЦИОНАРА НА ПОСТАВЉАЊЕ ПИТАЊА

Закон о привредним друштвима из 2011. године је у значајној мери унапредио српску регулативу права акционара на постављање питања. За разлику од Закона из 2004. године, који се у потпуности ослонио на аутономну регулативу и тако акционарима није пружио никакву гаранцију да ово право могу да врше, нови закон је предвидео детаљна правила. Нове одредбе су писане по узору на немачко право

[92] Више о временским ограничењима права акционара на постављање питања вид.: Michael Grüner, „Zeitliche Einschränkung des Rede und Fragerechts auf Haupt versammlungen zugleich Besprechung der BV erfG Entscheidung ‘Wenger/Daimler Benz’„ *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2000, 774 775.

[93] C. Van der Elst, 49 50.

[94] ЗОПД 2011, чл. 72, ст. 3.

[95] Више о пословној тајни као основу за одбијање давања одговора вид.: Ј. Лепетић, 218 221.

[96] Упор.: Директива о правима акционара, чл. 9, ст. 2 са ЗОПД 2011, чл. 342, ст. 5.

и у потпуности су усклађене са Директивом о правима акционара. Махом императивним нормама су прецизно уређена сва значајнија питања права акционара на постављање питања (ималац права, услови за коришћење права, дужник обавезе, давање одговора по налогу суда, и сл.). Акционарским друштвима је остављена велика слобода приликом прилагођавања вршења овог права својим потребама, али само у правцу давања већих права акционарима. Сужавање права је могуће само у неколико изричито поменутих области.

Премда је генерални утисак о новим одредбама веома повољан, њима се може упутити неколико замерки. Неке од њих могу бити саниране правилним тумачењем од стране судова, док се друге могу исправити само изменама законског текста. Када је реч о условима за коришћење овог права, основни недостатак представља чињеница да законом није одређен рок за коришћење права акционара на постављање питања, што је у очигледном нескладу са прихваћеном концепцијом уређивања свих значајних аспеката овог права. Насупрот условима за коришћење, који су законски у основи исправно формулисани, у другим сегментима законске регулативе овог права акционара постоји више нејасноћа, али оне превазилазе оквире овог рада.

Dr. Vuk Radović, LL.M.

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

CONDITIONS FOR EXCERCISING SHAREHOLDERS' RIGHT TO ASK QUESTIONS

Summary

Law on Business Organizations from 2011 has significantly improved the regulation of shareholders' right to ask questions in Serbia. In contrast to the previous law from 2004, that has completely transferred regulation to companies which is why there was no guarantee for exercising this right, new law contains detailed norms in this respect. They are written under the dominant influence of German law and are completely harmonized with the Shareholders' Rights Directive. All important issues of shareholders' right to ask questions have been regulated mostly with imperative norms (subject of the right, conditions for exercising this right, debtor of this obligation, court protection, etc.). Corporations have

a lot of freedom to adjust exercising this right to their needs, but only by giving more rights to shareholders. Limiting the scope of this right is possible only in certain, precisely defined areas.

Although the general impression of the new regulation is very positive, there are certain aspects which can be criticized. Some of them can be cured by adequate judicial interpretation, while others cannot be cured without changes to the law. In the area of conditions for exercising this right, the most important deficiency is the fact that the law has not determined when the right to ask questions can be exercised, and that stands in obvious disharmony with the adopted conception to regulate all important aspects of this right. Contrary to conditions, which basically have been properly formulated, other aspects of legislation regarding this shareholders' right contain more profound obscurities that go beyond the scope of this paper.

Key words: *Shareholder. – Corporation. – General meeting. – Right to ask questions. – Shareholders' Rights Directive*.

УДК 347.78:654.197

Др Душан В. Поповић[*]

ТЕЛЕВИЗИЈСКИ ФОРМАТИ КАО (НЕ)ЗАШТИЋЕНА ИНТЕЛЕКТУАЛНА ДОБРА[**]

Телевизијски формати представљају осмишљени и у извесном степену оригинални концепт одређеног телевизијског програма. Приликом сачињавања телевизијског програма, ТВ станице се у све већој мери ослањају на формате чија успешност је већ доказана на иностраним телевизијским тржиштима. У раду се анализира да ли телевизијски формати, као интелектуална добра, уживају заштиту у праву интелектуалне својине. Аутор закључује да само поједини елементи формата могу уживати ауторскоправну заштиту, док се она не може признати концепту одређеног телевизијског програма. Поврх тога, концепт телевизијског формата, пре него што дође до његове реализације, као и техничка упутства за реализацију формата, могу се штитити као послов на тајна. Након реализације телевизијског формата, његов стваралац може остварити заштиту од имитације на основу прописа о сузбијању нелојалне конкуренције. Пошто имитација per se није забрањена, прописи о сузбијању нелојалне конкуренције биће повређени само у случају да се имитацијом изазива забуна или опасност од забуне у привредном промету, или у случају паразит ског искоришћавања туђег рада.

Кључне речи: *Право интелектуалне својине. ТВ формат. Ауторско право. Оригиналност. Подражавање.*

1. УВОД

Делатност производње телевизијског програма драстично се изменила током последњих двадесет година. Та промена пре свега је условљена другачијим навикама телевизијских гледалаца и

[*] Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *dusan.popovic@ius.bg.ac.rs*

[**] Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

техничко-технолошким развојем. У односу на почетну фазу развоја телевизије, просечни период који гледаоци проводе уз телевизијски програм увећан је, а емитовани програм је преовлађујуће забавног а не информативног и образовног карактера.[1] Увођењем сателитске и кабловске телевизије, а нарочито дигитализацијом сигнала, број телевизијских канала је значајно увећан.[2] Произвођачи телевизијског програма, у таквој израженој конкуренцији, покушавају да задрже гледаоце улажући у производњу програма чија успешност је већ доказана на другим тржиштима, тј. у другим државама. Високи трошкови производње телевизијског програма и изражена конкуренција ТВ станица често приморавају емитере да „играју на сигурну карту“, тако што ће уместо развијања новог, домаћег концепта телевизијског програма преузимати међународне телевизијске формате.

Под телевизијским форматом подразумевамо осмишљени и у извесном смислу оригинални концепт одређеног телевизијског програма. Иако већина телевизијских гледалаца може лако препознати који ТВ програми представљају локалну верзију одређеног телевизијског формата („Велики брат“, „Идол“, „Икс фактор“, „Желите ли да постанете милионер“ и др.), правници углавном не успевају да на прецизан начин дефинишу појам формата.

Да би се боље разумело шта је заправо један телевизијски формат, потребно је идентификовати основне фазе у његовом настанку.[3]

[1] Већина истраживања указује на пораст гледаности телевизије, чему у последње време доприноси и праћење програма путем таблет рачунара и мобилних телефона. Вид. нпр. Nielsen The Cross Platform Report (March 2013), *http://www.niels en.com/us/en/reports.html*, 6. децембар 2013. Тренд пораста гледаности телевизије нарочито је присутан у државама централне и источне Европе, где се разноврснији ТВ програми и нови телевизијски канали појављују тек у последњих десет петнаест година. Према истраживању компаније Артур Д. Литл (*Arthur D. Little*), просечна дневна гледаност телевизије у Бугарској порасла је за 27% у периоду од 2000. до 2009. године. У истом периоду, просечна дневна гледаност порасла је за 67% у Хрватској и за 31% у Србији. Вид. Arthur D. Little Telecom & Media Viewpoint, *http:// www.adl.com/CEE TV Markets*, 6. децембар 2013.

[2] Дигитална телевизија омогућава да се путем једног ТВ канала истовремено емитује више телевизијских програма. То се постиже компримовањем (сажимањем) дигиталних података о телевизијској слици и тону, чиме се у одређеном ТВ кана лу ослобађа простор за додатне садржаје (нпр. телетекст, електронски телевизијски водич...). Захваљујући компримовању, неки од ТВ програма који користе исти ТВ канал могу бити емитовани у стандардној (*SD*) резолуцији, а неки у високој (*HD*) резолуцији. Такође, исти програм могуће је емитовати на више језика, а гледалац може бирати језик или превод који му одговара.

[3] Разликовање фаза у настанку једног телевизијског формата делом се ослања на истраживање које је спровео Универзитет у Борнмуту. Вид. Martin Kretschmer, Sukhpreet Singh, Jonathan Wardle, „The Exploitation of Television Formats“, ESRC Dig ital Resource, 2009. Резултати су доступни на адреси: *http://tvformats.bournemouth. ac.uk.*

Прву фазу у настанку телевизијског формата представљало би уобличавање саме идеје формата. Као што је познато, идеје не уживају ауторскоправну заштиту, па формат у овој фази не би представљао ауторско дело. Другу фазу можемо означити као фазу разраде идеје формата у писаној форми. Запослени у индустрији производње телевизијског програма означавају ову фазу као тзв. фазу производње папирног формата (енгл. *creation of a paper format*). Реч је, заправо, о детаљном, писаном појашњењу идеје о производњи одређеног телевизијског програма, које још увек не садржи конкретна упутства за продукцију таквог програма. Формат у овој фази садржи основна објашњења заплета одређеног телевизијског програма, избор тематске музике која би пратила све епизоде програма, објашњења основних визуелних елемената програма и сл. Формат је већ у овом облику подобан за представљање заинтересованим продукцијским и телевизијским станицама. У трећој фази, писана разрада идеје формата употпуњује се конкретним упутствима за продукцију одређеног телевизијског програма. На пример, израђује се дизајн студија у коме ће бити сниман програм, прецизирају се особине које треба да имају учесници и водитељи програма, израђује се рачунарски програм који је неопходан за реализацију програма и сл. У пракси се овај сегмент назива тзв. фазом производње програмског формата (енгл. *creation of a program format*). У овој фази, телевизијски формат је уобличен тако да програм може бити произведен у различитим државама, по продукцијским упутствима ствараоца формата. У случају да је телевизијски формат већ емитован у некој држави, продукцијска упутства садрже и информације о пожељном програмирању емисије (реч је о препорученом времену емитовања програма у оквиру програмске шеме), о циљној категорији гледалаца, о постигнутој гледаности формата приликом емитовања у иностранству и др. Ове информације саопштавају се у облику писаних упутстава која се називају тзв. продукцијском Библијом (енгл. *Production Bible*).

На основу претходно наведених карактеристика телевизијских формата може се закључити да они свакако јесу интелектуална добра. Међутим, не штите се сва интелектуална добра правима интелектуалне својине. У раду ћемо најпре испитати могу ли се телевизијски формати штитити ауторским правом. Такође, у раду ће бити анализирана могућност заштите телевизијских формата применом правила о заштити пословне тајне, као и правила о сузбијању нелојалне конкуренције. У вези са применом прописа о сузбијању нелојалне конкуренције нарочито ће бити испитана могућност заштите формата спровођењем забране имитације туђег производа.

2. АУТОРСКОПРАВНА ЗАШТИТА ТЕЛЕВИЗИЈСКИХ ФОРМАТА

Ауторскоправна заштита пружа се људским творевинама оригиналног духовног садржаја, које су испољене у одређеној форми. Када се у ауторском праву говори о одређености форме, не мисли се на материјалну форму у којој дело постаје доступно људским чулима. Напротив, одређена уобличеност духовног садржаја већ има карактер форме ауторског дела, јер се захваљујући таквој уобличености дело одваја од личности аутора и постаје подобно за саопштавање и привредно искоришћавање.[4] Као основни услов за стицање ауторскоправне заштите јавља се оригиналност дела. Са становишта ауторског права, оригинална је свака духовна творевина која није резултат подражавања већ постојеће културне баштине или резултат интелектуалног рада изразито одређеног спољним оквирима који не остављају простор за изражавање индивидуалности ствараоца. Обим ауторскоправне заштите одређеног дела зависан је од степена његове оригиналности. Што је степен оригиналности дела већи, ауторскоправна заштита обухвата већи круг сличних дела. Обимом ауторскоправне заштите нису, дакле, обухваћени неоригинални елементи ауторског дела, али ни идеје, начела и упутства садржана у делу.[5]

Уколико телевизијски формат дефинишемо као идеју о одређеном телевизијском програму, праћену упутствима за његову производњу, услови за ауторскоправну заштиту неће бити испуњени. Предмет заштите не може бити идеја, без обзира на степен њене оригиналности, већ само начин на који је она изражена (опредмећена) у одређеном облику. На пример, идеја о производњи телевизијског програма у коме се аматери такмиче у певању, док их оцењују стручни жири и публика, не ужива заштиту. У прилог томе говори чињеница да данас постоји приличан број телевизијских формата који почивају управо на овој идеји. Упутства за производњу телевизијског формата, па макар била изражена у материјалној форми, такође не уживају заштиту. На пример, писано упутство за производњу телевизијског формата (тзв. продукцијска Библија) може уживати ауторскоправну заштиту само у погледу оригиналних елемената у начину на који су упутства изложена, по општим правилима која би важила и за друга (писана) дела. Међутим, за поступање по тим упутствима није потребна дозвола аутора, јер се ауторскоправна заштита не односи

---

4 Ипак, има националних законодавстава (нпр. право Сједињених Америч ких Држава) која прописују обавезну материјалну форму као услов за стицање ау торскоправне заштите.

5 За подробнију анализу услова за стицање ауторскоправне заштите вид. Слободан М. Марковић, Душан В. Поповић, *Право интелектуалне својине,* Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 38 43.

на упутства (правила поступања), већ само на начин на који су она објашњена, изложена у писаној форми.[6]

Такође, уколико би „продукцијска Библија" садржавала запис дијалога учесника и водитеља програма, могла би уживати ауторско-правну заштиту, као и сваки сценарио. Међутим, телевизијски програми се по правилу не одвијају према прецизном сценарију, што је нарочито случај са ријалити програмима.

Досадашња анализа имала је у виду пре свега нереализоване телевизијске формате, тј. заштиту формата и пре него што се први пут произведе одређени телевизијски програм[7] према одговарајућим упутствима. Након што се телевизијски програм произведе и емитује (било да је реч о емитовању „уживо" или емитовању снимка програма претходно забележеног на носач слике), конкурентске продукцијске куће и телевизијске станице сазнаће, као и сваки други гледалац, идеју формата и начин на који је она опредмећена. Конкурент би тада, и без увида у тзв. продукцијску Библију, могао да произведе сличан телевизијски програм. Пошто ауторскоправну заштиту уживају само поједини, оригинални елементи произведеног телевизијског програма (нпр. оригинална музика компонована за потребе реализације конкретног телевизијског формата, сценарио по коме се изводи скеч у оквиру програма, и сл.), стваралац телевизијског формата по правилу не би могао да спречи да се на тржишту појави сличан програм. Тако је, на пример, британски телевизијски формат „Мењам жену" („Wife Swap") копиран у САД („Trading Spouses") и Немачкој („Frauentausch").[8]

Заправо, након што се програм произведе према одређеном телевизијском формату, јавља се проблем који је телевизијским ства-

[6] Исто важи и у погледу других писаних дела која садрже одређена упут ства. На пример, кулинарски рецепт забележен у књизи не ужива ауторскоправну заштиту. Заштиту уживају само оригинални елементи у начину на који је рецепт изложен. Аутор књиге рецепата не би могао да тужи због повреде ауторског права лице које практично примени рецепт из књиге.

7 Користимо термин „телевизијски програм" како бисмо означили епизо ду одређене телевизијске емисије. Термин „телевизијска емисија", у значењу који он има у свакодневном говору, нећемо користити у овом раду, како бисмо избегли забуну са сродноправним појмом емисије. Подсетимо, емисија, као предмет срод ног права произвођача емисије, представља звучни, визуелни или звучно визуелни садржај који се емитује у форми електромагнетног, електричног или другог сигна ла. Предмет заштите је емисија у смислу емитованог радио или телевизијског про грама, независно од тога да ли је на програму ауторско дело (нпр. филм) или не (нпр. најава програма), и независно од тога да ли је реч о програму „уживо" или о емитовању програма који је претходно забележен на фонограму или видеограму.

[8] За анализу америчке судске праксе вид. Jay Rubin, „Television Formats: Caught in the Abyss of the Idea/Expression Dichotomy", *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal* XVI/2/2005, 663 708.

раоцима већ познат у погледу заштите „обичних“ ТВ програма, тј. програма који нису произведени према телевизијском формату. Тако ће стваралац телевизијског програма у коме се, на пример, учесници такмиче у глуми и певању, имати исте потешкоће да оствари ауторскоправну заштиту, независно од тога да ли је програм произведен према одређеном формату или не. Заштиту ће у оба случаја уживати само поједини елементи телевизијског програма, а не произведени програм у целини. У упоредном праву наилазимо на бројне судске одлуке у којима је заузет такав став, почев од пресуде донете 1988. године у Новом Зеланду у предмету *Green v. BCNZ.*[9]

Инострана судска пракса потврђује наше становиште по коме концепт одређеног телевизијског програма не може уживати ауторскоправну заштиту, док поједини сегменти тог програма могу.[10] На пример, у предмету *TV-Design v. SWR* Савезни суд Немачке заузео је недвосмислени став по коме телевизијски формат *per se* не ужива ауторскоправну заштиту.[11] Исто је поступио немачки суд у предмету

[9] У овом предмету, тужилац је био стваралац британског телевизијског програма „Opportunity Knocks“, у коме се талентовани учесници такмиче у интерпретацијама, а тужени новозеландска телевизијска станица која је под истим називом произвела и емитовала слично телевизијско такмичење у талентима. Суд је утврдио да се поменути телевизијски програм, у својој укупности, не може окарактерисати као драмско или драмско музичко ауторско дело, због променљивости његових саставних елемената и њихове неповезаности у јединствено дело. Препознатљиви елементи британског програма (нпр. коришћење појединих израза од стране водитеља у одређеним ситуацијама), преузети у новозеландској верзији, не уживају ауторскоправну заштиту и представљају само пратеће елементе интерпретација које су такмичари изводили или представљали у овом програму. Вид. Апелациони суд Новог Зеланда, **Green v.** *Broadcasting Corporation of* New Zealand [*1988*] 2 NZLR 490 (CA). Регистар и резимеи судских одлука у вези са телевизијским форматима, које смо користили приликом писања овог рада, доступни су на сајту Удружења за регистрацију и заштиту формата (енгл. *Format Recognition and Protec tion Association FRAPA*). Вид. сајт Удружења *http://www.frapa.org.*

[10] Телевизијска станица, као произвођач емисије, свакако ужива сродно правну заштиту која се односи на укупност садржаја који је емитован. Тиме је, на равно, обухваћен и емитовани телевизијски програм произведен према одређеном ТВ формату. Титулар права произвођача емисије може се, међутим, супротставити само неовлашћеном реемитовању емисије, снимању емисије, умножавању снимка и његовом стављању у промет, као и давању у закуп примерака емисије. Јасно је да титулар права није овлашћен да се супротстави стварању телевизијског формата сличног ономе који је емитован на његовој ТВ станици. Поврх тога, произвођач емисије (телевизијска станица) по правилу није стваралац телевизијског формата, а често ни произвођач програма према одређеном ТВ формату. Као произвођач про грама најчешће се јавља продукцијска кућа која сарађује се ТВ станицом.

[11] Савезни суд Немачке, *TV Design v. SWR,* предмет бр. I ZR 176/01, 2003. Предмет спора било је наводно подражавање телевизијског формата „L'école des fans“. У овом предмету суд је утврдио да телевизијски формат представља само скуп упутстава за производњу ТВ програма, те да као такав не ужива ауторскоправну заштиту. Заштиту би могао да ужива сценарио реализованог телевизијског програма и то као свако друго писано ауторско дело.

Juegel v. DSF.[12] У прилог нашем ставу можемо навести и пресуду аустралијског суда донету у предмету *Nine Films & Television Pty Ltd v. Ninox Television*, иако је суд овде избегао да се децидирано одреди према могућности ауторскоправне заштите формата. У овом спору, тужени се сагласио да је тужилац носилац ауторског права чији предмет је сценарио телевизијског формата. Суд је потом упоредио произведене телевизијске програме, тачније писана драмска дела на основу којих су они реализовани, и закључио да нема битне сличности између кључних елемената програма, пре свега због разлика у дијалозима и интеракцији учесника, који се нису одвијали према сценарију, тј. за које није ни постојао сценарио.[13] Такође, у предмету *K. Verbraeken v. VRT & BVBA De Filistijnen* белгијски суд је ускратио телевизијском формату ауторскоправну заштиту, пошто сценарио програма није био довољно детаљан, тј. није било могуће замислити како ће изгледати епизода реализованог програма само на основу читања сценарија.[14]

Ствараоци телевизијских формата сматрају, међутим, да сâм формат представља ауторско дело, независно од тога да ли је дошло до његове реализације у виду одређеног телевизијског програма или не. У поступцима због повреде ауторског права које ствараоци телевизијских формата покрећу против лица која су произвела исти/сличан програм истиче се повреда имовинскоправног овлашћења на умножавање дела[15] и/или имовинскоправног овлашћења на прераду дела.[16] У упоредном праву наилазимо на поједине, додуше ретке, пресуде којима се телевизијским форматима признаје ауторскоправна заштита. Тако је, на пример, суд у Холандији у предмету *Castaway Television Productions Ltd & Planet 24 Productions Ltd v. Endemol Entertainment & Jon De Mol Productions* утврдио да

[12] Окружни суд у Минхену, *Juegel v. DSF,* предмет бр. Az. 7 O 13628/09, 2010. Предмет спора било је наводно подражавање телевизијског формата „Spiel deines Lebens".

[13] Савезни суд Аустралије, *Nine Films & Television Pty Ltd v. Ninox Television Ltd,* предмет бр. FCA 1404, 2005. Предмет спора било је наводно подражавање телевизијског формата посвећеног реновирању станова „Dream Home".

[14] Привредни суд у Бриселу, *K. Verbraeken v. VRT & BVBA De Filistijnen,* 28. фебруар 2008. Предмет спора било је наводно подражавање телевизијског формата „Super Champs".

[15] Под умножавањем дела подразумева се свако бележење дела на телесни носач, које је подобно да на непосредан или посредан начин учини то дело доступним људским чулима.

[16] Прерада туђег ауторског дела није начелно забрањена. Међутим, када лице које је прерадило туђе ауторско дело жели да изврши било коју од радњи коришћења дела, које су обухваћене имовинскоправним овлашћењима аутора, потребно је да од аутора прибави сагласност и плати ауторску накнаду. Појмом прераде дела обухваћене су како техничке интервенције на делу (нпр. скраћивање текста), тако и настанак новог ауторског дела (дела прераде).

телевизијски формат представља ауторско дело које у конкретном случају чини комбинација дванаест елемената, иако они, појединачно узев, не морају испуњавати услове за заштиту. Поменути елементи се понављају у свакој од националних верзија програма произведених према овом формату.[17] Свестан да сâма комбинација одређених препознатљивих елемената није довољна за стицање ауторскоправне заштите, суд је навео да је своју одлуку засновао и на чињеници да су сви елементи подробно описани у „продукцијској Библији". Ипак, остаје нејасно због чега је суд упутства за реализацију програма окарактерисао као сценарио, имајући у виду да спонтани дијалози и непредвиђене интеракције учесника чине већи део садржаја програма реализованих према спорним телевизијским форматима (реч је о форматима „Survivor" и „Велики брат"). Као пример признавања ауторскоправне заштите телевизијским форматима можемо навести и пресуду суда у Шпанији донету у предмету *Atomis Media, S.A. & Outright Distribution Ltd v. Television De Galicia S.A. & CTV, S.A.*[18] У пресуди се изричито наводи да телевизијски формати могу уживати ауторскоправну заштиту уколико их је створило физичко лице, уколико су оригинални и уколико су изражени у одређеној форми. Услов оригиналности биће испуњен чак и када поједини комбиновани елементи нису, издвојено узев, оригинални. У пресуди се такође наводи да формат који се може упоредити са сценаријом мора уживати заштиту.[19]

Анализа (малобројних) пресуда којима се признаје ауторскоправна заштита телевизијским форматима заправо потврђује наш напред изнети став. Ауторскоправна заштита може се остварити само у погледу појединих елемената телевизијског формата. Једино ствараоци формата који сачине „папирни формат" и „продукцијску Библију" на начин упоредив са писањем сценарија могу очекивати да им ауторскоправна заштита сценарија, а тиме посредно и формата, буде призната. Ствараоцу оваквог телевизијског формата би у случају спора користило претходно депоновање примерка сценарија у национал-

[17] Врховни суд Холандије, *Castaway Television Productions Ltd & Planet 24 Productions Ltd v. Endemol Entertainment & Jon De Mol Productions*, предмет бр. C02/284HR, 2000. Тужилац у овом спору био је стваралац формата „Survivor", док је тужени био стваралац формата „Big Brother". Иако је суд недвосмислено окарактерисао телевизијски формат као ауторско дело, није утврдио да је дошло до повреде ауторског права.

[18] Апелациони суд у Коруњи, *Atomis Media, S.A. & Outright Distribution Ltd v. Television De Galicia S.A. & CTV, S.A.,* 31. јули 2010. Предмет спора било је наводно копирање телевизијског формата „What Kids Really Think". У овом предмету суд је навео критеријуме на основу којих је телевизијским форматима могуће признати ауторскоправну заштиту. Иначе, у предмету није утврђена повреда ауторског права. Изводи из ове пресуде доступни су на сајту Регионалног центра за развој књижевности у Латинској Америци и Карибима: *https://www.cerlalc.org.*

[19] Са овом последњом тврдњом се и ми слажемо.

ном заводу за интелектуалну својину.[20] „Продукцијска библија“ која је сачињена на нивоу техничких упутстава за реализацију програма не би могла уживати ауторскоправну заштиту. Телевизијски програми се, међутим, углавном не одвијају према прецизном сценарију, већ их карактерише спонтаност. То поготово важи за програме који се могу подвести под категорије „талент шоу“ и „ријалити“. Због тога више изгледа за признавање ауторскоправне заштите имају телевизијски формати у којима је елемент спонтаности, тј. одступања од сценарија, мањи, као што су формати квизова и формати забавних емисија са унапред написаним дијалозима. Формати ријалити програма и формати емисија заснованих на интервјуима („ток шоу програми“) по правилу не би испуњавали услове за стицање ауторскоправне заштите.

3. ЗАШТИТА ПОСЛОВНЕ ТАЈНЕ

Пословна тајна је предмет фактичког односа између лица које зна одређену информацију и осталих лица која је не знају. Поводом пословне тајне не настаје никакво искључиво право, па ни искључиво право интелектуалне својине. Ипак, заштита пословне тајне често је обухваћена правом интелектуалне својине у ширем смислу, пошто пословна тајна несумњиво јесте нематеријално добро, а описани фактички однос има привид својинског односа. Ималац пословне тајне предузима различите правне и фактичке мере с циљем онемогућавања других лица да се упознају са њом, пошто објављивање тајне значи њен нестанак. Уколико неко лице сазна тајну, било оно савесно или не, нема никаквог основа у праву интелектуалне својине да се оно спречи да ту тајну користи или саопшти другом лицу.[21] У пракси се пословна тајна најчешће штити уговором о чувању пословне тајне (енгл. *Non-Disclosure Agreement [NDA]* или *Confidentiality Agreement [CA]* или *Confidential Disclosure Agreement*

[20] Субјективно ауторско право настаје у тренутку настанка ауторског дела, па депоновање примерка ауторског дела није релевантно за стицање ауторскоправне заштите. Ипак, депоновањем примерка ауторског дела или предмета сродноправне заштите код националног завода за интелектуалну својину, и уписом у одговарајући регистар депонованих примерака, настаје оборива претпоставка о тачности подата ка унетих у евиденцију. Такође, савесно лице које је повредило туђе ауторско или сродно право уздајући се у податке из евиденције надлежног органа, не одговара за накнаду штете због повреде тог права. Како би се ствараоцима телевизијских фор мата олакшало доказивање „ауторства“, Удружење за регистрацију и заштиту фор мата оформило је сопствени депо и води евиденцију о депонованим примерцима. Извод из евиденције „папирних формата“ коју води Удружење може бити коришћен као доказ у спору због наводног копирања формата.

[21] Вид. С. М. Марковић, Д. В. Поповић, 305 309.

[CDA]). Неовлашћено откривање пословне тајне тада представља повреду уговора, а не повреду права интелектуалне својине.

Проблем очувања тајности концепта формата и упутстава за продукцију програма јавља се најпре у фази која претходи реализацији првог телевизијског програма према одређеном формату, Наиме, идеју формата, као и одређена упутства за реализацију телевизијског програма стваралац формата мора открити већ приликом преговора са заинтересованом продукцијском кућом, односно телевизијском станицом. Преговоре са ствараоцем формата друга страна може искористити да сазна основне елементе концепта ТВ формата, оконча преговоре без закључивања уговора са ствараоцем формата и убрзо реализује сопствени програм по узору на туђи концепт. Уколико би, пак, стваралац формата одбио да током преговора открије концепт формата, друга страна не би располагала информацијама на основу којих би могла да донесе одлуку о закључивању уговора о уступању овлашћења на производњу телевизијског програма према одређеном формату, односно одлуку о откупу формата, како се то каже у круговима телевизијских стваралаца. Изнети проблем је у економској науци познат под називом Еровљев информациони парадокс (енгл. *Arrow's information disclosure paradox*).[22] Услед чињенице да је предмет преговора тајан, обе стране оклевају да учине први корак. Уколико стваралац формата открије концепт формата, заинтересовани продуцент бесплатно стиче жељену информацију, а стваралац формата губи своју преговарачку позицију. Такође, ни продуцент не жели да учини први корак у преговорима, јер не жели да се обавезује према ствараоцу формата пре него што сазна основне карактеристике формата. Приликом оваквих преговора током којих се тек делом открива концепт формата веће изгледе за успешно окончавање преговора имају признати ствараоци који у свом портфолију већ имају успешно реализоване пројекте (нпр. компаније специјализоване за стварање и продукцију ТВ формата, као што је то *Endemol*), него неафирмисани појединци. Описани информациони парадокс у пракси се превазилази тако што се тајна открива део по део, а за сазнавање сваке информације се плаћа накнада.[23]

Проблем чувања пословне тајне јавља се и након што дође до реализације телевизијског програма према одређеном ТВ формату. Концепт формата након емитовања више није тајан, али то и даље јесу бројне информације техничког карактера чије познавање

---

[22] Овај парадокс први је уочио амерички економиста Кенет Ероу (*Kenneth Ar row*). Вид. Kenneth J. Arrow, *Essays in the Theory of Risk Bearing,* North Holland 1976. О проблему несавршене информисаности вид. Борис Беговић, Мирољуб Лабус, Александра Јовановић, *Економија за правнике,* Правни факултет Универзитета у Београду 2013, 353 409.

[23] У англосаксонској литератури се овај метод назива „Реци мало, плати мало" (енгл. *Say a little, pay a little*).

омогућава да финални производ буде упоредив са моделом, као и са програмима већ реализованим у другим државама. Нека од тих упутстава записана су у „продукцијској Библији", док друга усмено преносе лица која су за то овлашћена од ствараоца формата. Реч је о тзв. летећим продуцентима (енгл. *flying producers*), тј. стручњацима за телевизијску продукцију који одлазе у државу у којој се реализује програм према одређеном телевизијском формату и тамо обучавају локални телевизијско-продуцентски тим. Откривање пословне тајне локалном особљу посебно је ризично због могућности да они касније новом послодавцу, по правилу конкурентској продуцентској или телевизијској станици, пренесу *know how.* Управо такав случај био је предмет спора у Великој Британији, где је стваралац формата „Поп идол" поднео тужбу због неовлашћеног откривања пословне тајне, као и због повреде ауторског права, против ствараоца формата „Икс фактор". У продукцији „Икс фактора" радило је више од тридесет чланова тима који је претходно реализовао „Поп идол".[24]

И поред изнетих недостатака, уговор о чувању пословне тајне представља најраспрострањенији начин заштите телевизијских формата у пракси. Он је најделотворнији у случају када су стваралац формата и одређена телевизијска станица већ закључили уговор о уступању овлашћења на реализацију телевизијског програма према формату. Тада две стране закључују додатне уговоре којима се као пословна тајна штите техничке информације које омогућавају успешну реализацију програма. Међутим, путем уговора о заштити пословне тајне стваралац формата не може спречити да неко лице, одгледавши епизоду телевизијског програма реализованог према формату, преузме концепт формата и произведе сопствени, слични програм.

4. ЗАШТИТА ТЕЛЕВИЗИЈСКИХ ФОРМАТА ПУТЕМ ПРОПИСА О СУЗБИЈАЊУ НЕЛОЈАЛНЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Изворни циљ права сузбијања нелојалне конкуренције није да штитити интелектуална добра, него да штитити лојалну, „здраву" конкуренцију.[25] Радња нелојалне конкуренције је она радња тржишног учесника која представља повреду добрих пословних обичаја. Пропи-

[24] Виши суд у Лондону, *19TV Ltd. v. FremantleMedia Ltd., Syco TV & Simon Cow ell*, 2005. Спор је окончан вансудским поравнањем. За подробнију анализу пословне стратегије ствараоца формата „Поп идол", који је био један од најуспешнијих формата у историји телевизије, вид. Sukhpreet Singh, Martin Kretschmer, „Strategic Behaviour in the International Exploitation of TV Formats: A Case Study of the Idols Format", *http://www.ssrn.com*, 25. новембар 2013.

[25] Прописе о сузбијању нелојалне конкуренције не треба поистовећивати са прописима о заштити конкуренције, тј. правом конкуренције. У српском праву, основни извор права о сузбијању нелојалне конкуренције јесте Закон о трговини

си о сузбијању нелојалне конкуренције посредно остварују функцију заштите интелектуалних добара када се спроводе према тржишном учеснику који користи интелектуално добро *другог* лица, при чему то коришћење има карактер радње нелојалне конкуренције.

Међу радњама коришћења туђег интелектуалног добра, које имају обележја нелојалне конкуренције, за посредну заштиту телевизијских формата од значаја је радња имитације туђег производа, услуге или рекламе. Под имитацијом се подразумева подражавање или угледање на туђ узор. Имитирајући туђи производ, тржишни учесник користи туђе интелектуално добро које је у њему опредмећено. Имитација се предузима свесно, с намером, тако да не постоји случајна имитација. Међутим, и поред негативне конотације ове речи у свакодневном говору, имитација *per se* не представља повреду добрих пословних обичаја. До повреде добрих пословних обичаја доћи ће тек ако се имитацијом ствара забуна или опасност од забуне у привредном промету о неком својству производа или ако се паразитски искоришћава туђи рад или углед.[26]

Критеријуми на основу којих се утврђује повреда добрих пословних обичаја у случају имитације, између осталог, јесу: (1) верност имитације туђем производу; (2) особеност имитираног узора; (3) познатост имитираног узора; (4) обим инвестиције у развој и пласман имитираног узора; (5) економске уштеде имитатора; (6) временски размак између појаве узора и појаве имитације на тржишту; (6) цена производа који представља имитацију; (7) планско и систематско деловање имитатора.[27]

(*Службени гласник РС*, бр. 53/10 и 10/13, поглавље VII Непоштена тржишна утак мица, надаље ЗТ РС).

[26] Домаћи законодавац примера ради наводи неколико радњи нелојалне конкуренције, а међу њима и радњу продаје робе са ознакама, подацима или обли ком којима се оправдано ствара забуна код потрошача у погледу извора, квалитета и других својстава робе (вид. ЗТ РС, чл. 50, ст. 1). Под овај облик можемо подвести радње имитације којима се ствара забуна или опасност од забуне у привредном про мету о неком својству производа. Радња имитације којом се паразитски искоришћава туђи рад или углед није изричито поменута. У упоредном праву се најчешће прави разлика између три облика имитације: (1) имитација којом се ствара забуна или опасност од забуне у привредном промету; (2) имитација којом се стиче неправич на корист од репутације другог тржишног учесника; и (3) потпуна имитација туђег производа (енгл. *slavish imitation*). Трећи облик се понекад може подвести под први облик имитације. Наиме, у пракси, судови претпостављају да потпуна имитација мора створити забуну у привредном промету, чиме остају доследни правилу по коме имитација *per se* није забрањена, већ је забрањена само имитација која представља повреду добрих пословних обичаја. У конкретном случају, до повреде добрих пословних обичаја долази због изазивања забуне на тржишту. Вид. Ansgar Ohly, „The Freedom of Imitation and Its Limits a European Perspective“, *International Re view of Intellectual Property and Competition Law* 5/2010, 506 524.

[27] За подробнију анализу радњи коришћења туђег интелектуалног добра које имају обележја нелојалне конкуренције вид. С. М. Марковић, Д. В. Поповић,

Имитација представља радњу нелојалне конкуренције најпре у случају када услед ње долази до изазивања забуне или опасности од забуне у привредном промету. Забуна постоји када међу учесницима у привредном промету постоји погрешна представа о одређеним чињеницама. Најчешће, забуна се односи на идентитет произвођача. Учесници у привредном промету, тј. привредни субјекти и потрошачи, погрешно верују да производ потиче од другог лица. Приликом имитације телевизијских формата до овог облика повреде добрих пословних обичаја ретко долази. Наиме, да би до забуне у привредном промету дошло, потребно је да тржишни учесници већ познају „оригинални" формат. То ће бити могуће уколико је стваралац „оригиналног" формата већ присутан на одређеном националном телевизијском тржишту, на које накнадно улази и стваралац имитације формата. Много теже биће доказати да је до забуне или до опасности од забуне дошло уколико стваралац „оригиналног" формата још увек није ушао на национално тржиште на коме делује имитатор. У овом случају, стваралац „оригиналног" формата могао би доказивати препознатљивост свог формата код локалних телевизијских гледалаца на основу присутности иностраних телевизијских канала у понуди кабловских и сателитских оператера, као и захваљујући доступности инсерта на интернету, услед чега би „оригинални" формат могао бити познат и у државама у којима се још увек не емитује телевизијски програм произведен према њему.

Уколико је, пак, предмет имитације формат који је већ присутан на тржишту на које улази имитатор, лице које се „инспирисало" туђим телевизијским форматом инсистираће на појавној различитости два формата. На пример, формати ће се производити под сасвим различитим називима. Просечно пажљиви гледалац ће свакако приметити сличности у концепту формата, али по правилу неће бити у заблуди у погледу идентитета произвођача. Ипак, различитост назива формата не мора увек бити довољна да спречи настанак забуне код учесника у привредном промету. На пример, француски суд утврдио је у предмету *Endemol Productions v. ALJ Productions* да телевизијски формат „Дилема" представља имитацију формата „Велики брат" којом се изазива забуна у привредном промету.[28] Наиме, суд је утврдио да је стваралац формата „Дилема", који је иначе претходно радио на реализацији тужиочевог формата, имитирао кључне елементе „Великог брата" – затварање учесника у кућу под видео надзором, изглед просторија унутар куће, начин одабира учесника, начин емитовања програма. Суд је закључио да је преузимање кључних

290 300; В. Бесаровић, *Интелектуална својина Индустријска својина и ауторско право,* Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2005, 383 384.

[28] Трговински суд у Паризу, *Endemol Productions v. ALJ Productions*, 11. март 2011.

елемената тужиочевог формата предузето с намером довођења у заблуду телевизијских гледалаца, који нису могли да уоче јасну разлику између два формата. Поврх тога, суд је истакао да су оба формата била намењена истој категорији телевизијских гледалаца. Суд ипак није утврдио да спорна имитација представља паразитско искоришћавање туђег рада или угледа, пошто је стваралац формата „Дилема“ доказао да је уложио значајна средства у реализацију свог формата. Међутим, у жалбеном поступку пресуда је преиначена, пошто је апелациони суд закључио да сличности између два формата произилазе из карактеристика саме категорије формата (ријалити програм), те да нису такве природе да могу изазвати забуну код телевизијских гледалаца, нити представљају паразитизам.[29]

У пракси је, дакле, тешко доказати да имитација телевизијског формата изазива забуну или опасност од забуне у привредном промету. Сличности између два производа могу се приписати припадању истој категорији телевизијских формата. Телевизијски гледаоци, по правилу, неће поистовећивати формате који припадају истој категорији, пошто ће они свакако бити реализовани под различитим називима. У контексту преузимања концепта туђег телевизијског формата, стваралац „оригиналног“ формата могао би имати више успеха приликом истицања захтева за утврђивање повреде добрих пословних обичаја у облику паразитског искоришћавања туђег рада или угледа. Паразитско је свако искоришћавање у коме долази до значајног раскорака између количине времена, рада и новца које је у свој производ уложио „оригинални“ стваралац формата и имитатор. Пошто се имитација телевизијског формата по правилу привредно искоришћава под називом који се разликује од назива имитираног формата, паразитизам се не јавља у облику искоришћавања туђег угледа, већ пре у облику искоришћавања туђег рада. Преузимањем концепта туђег телевизијског формата, имитатор улаже несразмерно мало времена и труда у развој свог формата. Међутим, реализација телевизијског програма, па макар и према имитираном формату, данас изискује значајна финансијска средства, па се имитатору не може оспорити да је инвестирао у развој и пласман свог формата. Ово је, на пример, истакнуто у пресуди донетој у већ помињаном предмету *Endemol Productions v. ALJ Productions.* Управо из овог разлога, успех ствараоца „оригиналног“ формата у спору због повреде добрих пословних обичаја у облику имитације којом се паразитски искоришћава туђ рад није сасвим известан. Од суда у конкретном предмету зависи да ли ће уважити обим инвестиције туженог у развој имитације и његов ангажман на својеврсној доради тужиочевог производа, или ће, пак, већи значај придати интелектуалном раду и вре-

[29] Апелациони суд у Паризу, *ALJ Productions v. Endemol Productions*, 12. септембар 2012.

мену које је тужилац уложио у развој „оригиналног“ формата. До утврђивања паразитизма извесно би дошло једино у случају потпуне („ропске“) имитације тужиочевог производа.

На основу претходне анализе можемо закључити да ни прописи о сузбијању нелојалне конкуренције не пружају потпуну заштиту телевизијским форматима. Имитација „оригиналног“ формата се, по правилу, у пракси не јавља као дословно, потпуно преузимање свих елемената туђег формата, због чега није могуће утврдити паразитизам. Такође, имитација има појавне елементе (назив, сценографија и др.) који се разликују од имитираног формата, чиме се, по правилу, искључује могућност изазивања забуне у привредном промету.

Ипак, јасно је да имитација онемогућава првобитном ствараоцу формата да у пуној мери оствари имовинску корист од свог рада. До имитирања туђег телевизијског формата може доћи унутар истог тржишта на коме већ послује „оригинални“ стваралац формата, али и на другом (националном) тржишту. Када до имитације долази унутар истог тржишта, два производа су непосредни конкуренти, па због појаве два врло слична формата много брже долази до засићења телевизијске публике. То доводи до смањења маркетиншких прихода, али и до краћег периода искоришћавања одређеног телевизијског формата. С друге стране, када до имитације долази на другом (националном) тржишту од оног на коме већ послује стваралац „оригиналног“ формата, имитација заправо заузима позицију на тржишту која би иначе могла припасти „оригиналном“ формату. Последица може бити и *de facto* спречавање ствараоца „оригиналног“ формата да уђе на одређено национално телевизијско тржиште.[30]

Имитација, представљала радњу нелојалне конкуренције или не, несумњиво наноси одређену штету ствараоцу „оригиналног“ формата. Због тога је веома важно остварити временску предност на тржишту у односу на конкуренте (енгл. *first mover advantage*). У случају могућег имитирања унутар истог тржишта, имовинска корист од привредног искоришћавања „оригиналног“ формата биће већа, што је каснији улазак имитатора на посматрано телевизијско тржиште. Такође, могућност имитирања „оригиналног“ производа на другим (иностраним) телевизијским тржиштима[31] биће знатно мања, уколико сâм стваралац „оригиналног“ формата први уђе на инострана тржишта. Временска предност на тржишту додатно је важна

[30] Вид. Neta li E. Gotlib, „Free to Air? Legal Protection for TV Program For mats“, *John M. Olin Law & Economics Working Paper* 513/2010, *http://www.law.uchi cago.edu/Lawecon/index.html* (23. новембар 2013), 35 40.

[31] Тржишта производње телевизијског програма по правилу се дефинишу као национална тржишта, из разлога везаности телевизијског програма за језик одређене државе, као и због другачијих навика телевизијских гледалаца у различи тим државама.

због чињенице да је период искоришћавања формата на поједином телевизијском тржишту заправо кратак. Ретки су телевизијски формати који се на одређеном тржишту искоришћавају у периоду дужем од пет година.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Телевизијске станице све више се приликом осмишљавања телевизијског програма ослањају на ТВ формате. Једна од последица глобализације је и својеврсно уједначавање укуса телевизијских гледалаца на различитим тржиштима, због чега успех формата на водећим телевизијским тржиштима (САД, западна Европа) готово извесно води успеху формата у другим државама. Промет овлашћења на реализацију телевизијског програма према одређеном формату је у порасту, иако телевизијски формати представљају тек делимично заштићена интелектуална добра.[32]

Како је показала наша анализа, концепт телевизијског формата најчешће не представља ништа више од идеје о производњи одређеног телевизијског програма, праћене техничким упутствима за производњу. Ни идеја, ни упутства не могу уживати ауторскоправну заштиту. Услови за ауторскоправну заштиту били би испуњени само у случају да постоји детаљан сценарио програма који се реализује према формату, што се у пракси ретко јавља, будући да се телевизијски формати по правилу односе на производњу ријалити програма и забавног програма са спонтаним дијалозима. Поједини елементи који се користе при реализацији програма свакако уживају заштиту у праву интелектуалне својине, као што је то случај за заштитом назива формата жигом или са заштитом елемената сценографије путем права заштите дизајна. Међутим, лице које је конципирало сопствени телевизијски програм по узору на туђи формат у пракси управо избегава да преузме ове елементе. Сличан телевизијски програм по правилу неће бити реализован под сличним називом, нити са сличном сценографијом, већ ће се његов стваралац задржати само на преузимању туђег концепта програма. Ни заштита формата путем прописа о сузбијању нелојалне конкуренције, конкретно – заштита од имитирања туђег производа којим се паразитски искоришћава туђи рад, не решава у потпуности проблем подражавања формата.

32 На скупу *Creative Content Summit*, одржаном у августу 2012. године у Лондону, изнета је процена да светско тржиште телевизијских формата вреди 2,4 милијарде америчких долара. Реч је о укупном процењеном износу накнади које се плаћају за прибављање овлашћења за производњу телевизијског програма према одређеном формату. Видео запис конференције доступан је на *YouTube* каналу *UK Trade & Investment (UKTI).*

На основу иностране судске праксе закључујемо да се паразитизам може утврдити само у случају потпуног имитирања туђег формата, што се у пракси заправо не дешава. Најзад, имитација туђег формата може представљати радњу нелојалне конкуренције и у случају када није потпуна, али изазива или може изазвати забуну у привредном промету. Сматрамо да, барем на основу појавних елемената (назива, сценографије и др.), чак и просечно пажљив телевизијски гледалац може разликовати „оригинални" програм и његову (непотпуну) имитацију, због чега по правилу нису испуњени услови за утврђивање овог облика повреде прописа о сузбијању нелојалне конкуренције.

У пракси се непостојање свеобухватне заштите телевизијских формата превазилази на два начина. Најпре, још нереализовани формати штите се као пословна тајна, па заинтересована продукцијска или телевизијска станица мора са ствараоцем формата закључити уговор о чувању пословне тајне током преговора о „откупу формата". Еровљев информациони парадокс превазилази се фазним саопштавањем информација потребних за реализацију формата. Реализовани формати, пак, најбоље се штите посредно – јачањем препознатљивости жигом заштићене ознаке, тј. назива формата, с једне стране, и остваривањем предности првог уласка на тржиште, с друге стране. Иако је раст тржишта телевизијских формата очигледно могућ и без свеобухватне заштите ових интелектуалних добара, непотпуност правне заштите формата може довести до даљег јачања продукцијских кућа специјализованих за осмишљавање и реализацију телевизијских формата на уштрб независних ствaралаца – физичких лица. Неафирмисани ствараоци много теже ће превазићи информациони парадокс у вези са откривањем концепта формата заинтересованој продукцијској или телевизијској станици, пошто ће телевизијске станице и даље бити спремније да поводом реализације формата сарађују са потврђеним, специјализованим тимовима.

Dr. Dušan V. Popović

Associate Professor
University of Belgrade Faculty of Law

TELEVISION FORMATS AS (UN)PROTECTED INTELLECTUAL GOODS

A television format may be defined as a TV programme concept that exhibits certain original traits. TV stations rely extensively on for-

mats whose success has already been proven on foreign television markets. In this paper, the author analyzes whether television formats, as intellectual goods, are protected in Intellectual Property Law, defined broadly. The author concludes that certain elements of TV formats may enjoy copyright protection, while excluding such protection to the programme concept itself. The unpublished formats (i.e. formats which have not yet been produced), as well as technical instructions for format production, can undoubtedly be protected as business secrets. Once the format is produced, its creator may prevent the imitation by relying on unfair competition rules. However, since imitation is not prohibited per se, the rules against unfair competition will be violated only in case the imitation creates confusion or possibility of confusion on the market, or in case of slavish copying.

Key words: *Intellectual Property Law*. – *TV Format*. – *Copyright Law*. – *Originality*. – *Imitation*.

УДК 340.1

Др Марко Трајковић*

ВРЕДНОСНА УСМЕРЕНОСТ ПРАВА НАСПРАМ ПРАВНОГ ПОЗИТИВИЗМА**

У овом добу технолошки захукталог позитивизма често се у правној науци могу чути тврдње да право треба да истисне вредности из себе и да постоји без њих. Та тврдња није нова. Ново је само објашњење због чега се то тврди. А оно гласи да се тиме право ослобађа људских слабости, постаје чисто научно засновано и вредносно неутрално као једна чисто реална појава живота. Као да се заборавило да проглашена вредносна неутралност права такође представља једну вредност. Због тога је умесније говорити о нужној вредносној усмерености права, заснованој на тврдњи да свако право тежи ка властитом самоусавршавању. То самоусавршавање нужно има као крајњи циљ претварање позитивног права у идеално, природно право. У том случају, одговор на питање да ли право може да постоји без вредности постаје јасан не може. И не само да не може, већ се не сме ни тежити ка праву одвојеном од вредности. У противном, показала би се као тачна мисао Томе Аквинског да је право створено само због злих и опаких.

Вредности постојано утичу на право. Оне га установљавају, омогућавају стварање све бољег права и преко њега се остварују. Као такве, оне представљају поуздано полазиште за разумевање права и одређивање његовог појма.

Кључне речи: *Вредност и невредност. Право. Правни позитивизам. Морал.*

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, *trajkovicmarko@yahoo.com*.

** Овај чланак је резултат истраживачког рада у оквиру пројекта бр. 179046 „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ Правног факултета у Нишу који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

1. УВОД

Развој правне науке изнедрио је две главне и међусобно супротстављене групе гледишта[1] поводом питања „Шта је право?“.[2] До тога је дошло због различитих почетних полазишта која су довела у питање начелно општи став правника да је одређивање појма права од великог значаја.[3] Правници због тога „још увек траже дефиницију за свој појам права“.[4]

Настојећи да одреде право и његов однос према вредностима, обе групе гледишта су се још више удаљиле једна од друге.

Прва група „прати главну сврху укупне јуриспруденције“ и њену „примену на стварни живот“, али у исто време гради „свој стан у кодексу позитивних закона“ у којем не станује, већ је његов заточеник који се не усуђује да „гледа преко његових високих зидова“.[5] Будући да за правни позитивизам право не представља мистерију,[6] а „закон је закон“ (*Gesetz ist Gesetz*), то се извор права проналази у вољи владара,[7] тј. држави и њеној сили, као последњем ауторитету који праву обезбеђује обавезујућу снагу. Речју, право свој извор има у аргументу силе. То дозвољава да се закључи како се може одбацити свако право које није створено „људским прописом“.[8]

Друга група гледишта државу не схвата као свог идола или „смртног Бога“. Сматрају да су право и држава средства за постизање већих вредности и одбацују „формално важеће право у корист онога које филозофски важи“.[9] То дозвољава да се закључи како је могуће постојање другачијег права од оног које важи само формално.[10]

---

[1] Изгледа да су супротстављена схватања у правној науци нужна последица „раздвајања мислећег дела људског рода на две супротстављене стране чија су се основна схватања свагда међусобно борила, а зацело никада неће ни престати да се нападају“ (Ј. Ј. Банхофен, *Природно право и историјско право*, Досије, Београд 2008, 5). Вид. Д. М. Митровић, *Теорија државе и права*, Досије студио, Београд 2010, 244 358.

[2] C. Johnson, *Philosophy of Law*, New York 1993, 1.

[3] *Ibidem*.

[4] Вид. И. Кант, *Критика чистог ума*. Нав. према: Ј. Биндер, *Прилог учењу о појму права*, Досије Београд 2008, 5.

[5] А. Фојербах, *Однос филозофије и емпирије према позитивној правној нау ци*, Досије, Београд 2008, 8.

[6] O. W. Holmes, Jr., *The Path of the Law*, у: C. Johnson, *Philosophy of Law*, 45.

[7] St. T. Aquinas, *Treatise on Law*, Excerpts from *Treatise on Law*, Questions 90 91, 94 96 of *Summa Theologica* у: C. Johnson, *Philosophy of Law*, 14.

[8] К. Шмит, *Три врсте правнонаучног мишљења*, Досије, Београд 2003, 24.

[9] А. Фојербах, 9.

[10] St. T. Aquinas, 90 91, 94 96, у: C. Johnson, 14.

Изгледа да је немогуће постићи сагласност између ових двеју страна. Тиме као да се потврђује мисао Јозефа фон Штала (*Joseph von Stahl*) по коме „Између страна које стоје непријатељски једна према другој" никако „нема измирења, нема средине". Једноставно, не може „постојати савез између вере и невере, између истине и заблуде".[11] И обратно: „Ваши разлози нису разлози за мене; ви ово признајете као право, а ја по мојој филозофији као оно; оно што ви по своме уму називате злочином, по моме је правда".[12] Таква искључивост, очигледно, уништава особени карактер права. Нарочито је важно да се не превиди право због вредности (вредносни смисао права) нити вредности због права (правни смисао вредности). То је разумљиво, јер само вредности праву прибављају „минималну меру"[13] по којој оно може да одређује и „мери своје удаљавање од савршеног или приближавање њему"?[14]

2. РАЗАРАЊЕ ВРЕДНОСНОГ СМИСЛА ПРАВА

Фебруара 1906. године, Херман Канторович (*Herman Kantorowicz*), под псеудонимом *Gnaeus Flavius*, овако описује правника: то је „виши државни чиновник с академским образовањем, седи у својој собици наоружан само једном машином за мишљење, наравно, једном од најизврснијих. Једини намештај те собице јесте један зелени сто на којем пред њим лежи државни законик. Човек му даде какав било случај, стварни или измишљени, и сходно својој дужности он ће бити кадар да помоћу чисто логичких операција и једне тајне технике, само њему схватљиве, с апсолутном егзактношћу покаже решење које је законодавац претходно одредио у законику".[15] Овом опису „специјалисте без духа и маште",[16] данас се може додати само рачунар који стоји испред истог државног чиновника који нема потребу за вредносним судовима и одлукама, већ само за текстом закона који не испитује и слепо га следи, те није ништа друго до „егзегет и компилатор појединих закона, чије одредбе марљиво сакупља, у најбољем случају оскудно срећује, али за сваки случај чува само као

[11] J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Auffassung*, 2. Bd., I. Abt., Heidelberg 1883, VI. Нав. према: Ј. Ј. Банхофен, 6.

[12] А. Фојербах, 15.

[13] Бенедикт XVI, енцилика *Љубав у истини*, Београдска надбискупија, Београд 2010, 10.

[14] А. Фојербах, 40.

[15] Х. Канторович, *Борба за правну науку*, Досије, Београд 2006, 7.

[16] L. Strauss, *Natural Right and History*, The University of Chicago Press, Chicago & London 1992, 42.

благо за једно марљиво верно сећање“.[17] Занима га оно што јесте, и све што му треба налази се само у закону. Поставка о „нормативној снази фактичкога“,[18] којом је могуће чак и „уставне празнине“ попунити „односима фактичке моћи,“ чини му се привлачном[19] и у исто време једино разумном, док су све остале обмана. Очигледно му је да позитивноправна наука тежи да право сазна онакво какво оно стварно јесте, а не онакво какво би требало да буде по нечијем вредносном суду. А и тај суд, најчешће искривљен према позитивистичком схватању, испуњен је терминолошком збрком, док је право препуно моралне фразеологије.[20] Претерана и олака употреба аксиолошких поставки и вредносних израза за позитивисте је не само неупотребљива већ и штетна приликом доношења, тумачења и оцењивања правних прописа.[21] Они сматрају да смисла има „нормативна мотивациона снага права“[22] а не морална вредност. Због тога, правни позитивисти желе да спрече повезивање права са вредностима.

Позитивистичка мисао достиже врхунац у нормативистичком учењу Ханса Келзена (*Hans Kelsen*) који сматра да правну науку треба ослободити свих елемената који су јој страни, нарочито је треба одвојити од морала и правде, јер право мора да се сазна онакво какво јесте,[23] „не легитимирајући га као праведно или дисквалификовати га као неправедно...“.[24] За правни позитивизам је нарочито важно да се ослободи правне аксиологије, јер само у том случају позитивном праву може да се прида апсолутна вредност на коју полажу право моралне вредности. Ипак, чак се и Келзен слаже са тим да се „мисао о апсолутној вредности права не губи сасвим, она живи и даље у етичкој идеји правде, које се придржава и позитивистичка јуриспруденција“.[25]

Према позитивистичком гледишту, вредносни судови су субјективно-ирационалне природе, те их је немогуће применити у

[17] А. Фојербах, 8.

[18] К. Шмит, 29.

[19] *Ibid.*, ф. 20, 29.

[20] O. W. Holmes, Jr., *The path of the Law*, у: C. Johnson, *Philosophy of Law*, 47.

[21] Према Џону Остину, право је заповест издата подређенима (J. Austin, *Law as the Sovereing's Command*, from: *The province of Juriprudence Determined*, у: C. John son, *Philosophy of Law,* 37).

[22] К. Шмит, 29.

[23] Нарочито је Келзен наглашавао да, осим нормативистичке, свака друга дефиниција права мора да буде одбачена (H. Kelsen, *Law as a Normative Order*, from: *The Pure Theory of Law*, 1967, у: C. Johnson, *Phisisophy of Law*, 66).

[24] Х. Келзен, *Чиста теорија права*, Правни факултет Универзитета у Београ ду, 1998, 19.

[25] *Ibid.*, 21.

правној науци. Овакво становиште у најрадикалнијој верзији заузима Ричард Поснер (*Richard A. Posner*), који тврди да филозофија морала нема шта да понуди ученим правницима или судијама у доношењу пресуда или стварању правних доктрина. По његовом мишљењу, образовани људи који су прихватили учење филозофије морала, за разлику од оних који нису под њеним утицајем, понашају се мање морално. Морално теоретисање не ствара добру основу за моралне судове и не може од нас начинити боље људе.[26] Чак и када би оно створило ваљану основу за моралне судове, они не би смели да буду употребљени приликом доношења правних одлука јер изазивају забуну.[27] Ни познавање морала не може да нас покрене или да створи мотивацију за делање. Та мотивација мора да се пронађе изван морала. Произилази да је морал облик социјалне контроле који има мањи утицај на људе него што се мисли. Сагласно са тим, правна питања не би требало проучавати из угла филозофије морала, већ из угла једног прагматичког становишта лишеног веровања у ванвременске и ванпросторне моралне вредности. То становиште Поснер назива прагматички морални скептицизам.

3. ПОВЕЗИВАЊЕ ВРЕДНОСТИ СА ПРАВОМ

Можда је најближе истини када се каже да вредности указују на снагу закона записаних у нашим срцима.[28] Оне у исто време „побуђује чежњу, отварају нову могућност...“.[29] И све покрећу, па и право. Исту идеју, засновану на сврси коју вредности испољавају, развио је Херман Лоце (*Herman Lotze*). Он сматра да се моћ тог „прапочетка“ налази у вери, чиме прихвата теолошки идеализам.[30] Самим тим, стварност света и стварност права подређују се вредностима које оличава Творац.[31] То значи да је њихово важење апсолутно, а не „половично“ или „делимично“.[32]

Постоји и феноменолошка аксиологија, унутар које треба издвојити учење Макса Шелера (*Max Scheler*). Шелер у свом учењу истрајава на постојању вредности које су дате унутар наше ствар-

[26] R. A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, London 2002, 3.

[27] *Ibid*., 6.

[28] St. T. Aquinas, *Treatise on Law*, in: C. Johnson, *Philosophy of Law*, 16.

[29] T. Matulić, *Metamorfoze kulture*, Glas Koncila, Zagreb 2009, 393.

[30] В. Павићевић, *Однос вриједности и стварности у модерној њемачкој идеалистичкој аксиологији*, Култура, Београд 1958, 18.

[31] „Ако се осврнемо на људски живот, видећемо да морално настаје из религије и мита“ (А. Либерт, *Идеја моралнога*, Досије, Београд 2006, 5).

[32] Више о Лоцеовом схватању вредности вид. H. Lotze, *Mikrokosmos*, I, II, III, Leipzig 1923.

ности, те су самим тим искуствено доступне и постављене унутар вредносног онтологизма.[33] По њему, вечност вредности указује на њихов апсолутни ред. То важи и за људске творевине које су све засноване на „вредности једног бесконачног личног духа и света вредности који лежи пред њим".[34] На пример, одређивањем правне норме утврђује се место права у свету вредности. Ако се не жели да норма остане произвољна заповест, она мора свој основ да нађе у вредностима а не у покорности субјеката. Због тога су вредности „најједноставнији квалитети" који одређују смисао норми и права.[35] Разлог је једноставан: свет вредности је „постојбина" права.

На начин сродан Шелеровом поступа Лоце у свом учењу, а готово да је исто учинио и Хартман када је записао да „етика мора у себи садржавати и последње утемељење права, мора у својој таблици вредности показати место за вредност права уопште".[36]

Наведена учења о вредностима могу се применити и на друге стране живота. У ствари, готово да се подразумева како „сва подручја духовног живота која садрже било какве етичке проблемске мотиве, било каква вредновања, стајалишта, тенденције или важеће одредбе практичке нарави, за етику морају бити значајни, за етику као ризницу феномена".[37] То важи и за право које „поседује чврсто сковани, егзактни појмовни систем".[38] Очигледна вредносна оријентација права не може се оспорити ни због „правности права као вредносног момента у правном феномену".[39] Дакле, проблем одређивања места права у свету вредности спада у претходне, „претправне" проблеме, јер право мора да буде засновано на „истински сагледаној вредности".[40] Свет вредности постаје претпоставка за постојање и развој права, док вредности „испуњавају смислом и сврхом целокупно право, тј. све друге његове елементе".[41] Све то под условом да свет вредности као „постојбина" права није „пуки збир, као што је случај са простим скупом елемената, већ целина".[42]

---

33 В. Павићевић, 64 65.

34 M. Scheler, *Fromalismus in der Ethik und die materiale Wertethik,* 3 aufl., Haale 1927, 94. Нав. према: В. Павићевић, *Однос вриједности и стварности у модерној њемачкој идеалистичкој аксиологији*, 83.

35 M. Scheler, *Fromalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 272. Нав. према: В. Павићевић, 75.

36 *Ibid.*, 71.

37 N. Hartmann, *Etika*, Naklada Ljevak, Zagreb 2003, 70.

38 *Ibidem.*

39 М. Перовић, *Етика*, Нови Сад 2001, 433.

40 N. Hartmann, 71.

41 Д. М. Митровић, *Теорија државе и права*, 530.

42 *Ibidem*.

Упркос настојању позитивиста да право одреде као појам који је слободно постављен у односу на вредности или у односу на „сплет" стварности и вредности, може се запазити како право нужно стиче свој вредносни садржај. Чак и позитивно право „јавно сведочи за своју повезаност с вредношћу".[43] Због тога се на право са тако одређеним садржајем могу применити категорије вредносне оријентације. Штавише, одређење правне норме дешава се унутар света вредности и ума који вреднује, јер ми стојимо „пред деловањем примарне вредносне свести о праву".[44] Због тога се правна норма може одредити и као једна логички обавезујућа формулација вредности.

Право „почива на вредносним одређењима" и због тога што тежи да постане идеално.[45] Та тежња показује правац његовог развоја. Тек када се вредности установе, оне се могу изразити у облику правне норме која је нужно у служби вредности. На тај начин, правна норма формулише неку вредност или више њих у исто време. Али, то само по себи није довољно. Према Артуру Кауфману (*Arthur Kaufmann*), правна норма није драгоцена сама по себи, већ само ако изражава „изворне" вредности. Да би норма стекла обавезујућу снагу она мора бити логична формулација која тачно и примерено преноси садржај вредности „у савест оних који су правно обавезни".[46] Та реч – „савест", показује да правна норма, до чијег нам је „обавезујућег карактера" стало, може да се „образложи само морално, само из њеног обавезујућег дејства на људску савест (чиме, међутим, не треба тврдити да су право и морал једно)".[47] Такође, човек је биће које тражи „посреднике" приликом долажења до вредности и њиховог остваривања. Он у својој стварности вредности често не достиже непосредно. На тај начин, вредносно одређена правна норма може да постане „посредник" и једна врста пута за долажење истих или других вредности. То потврђује сам поступак објективизације вредности нормама. Када се боље размисли, произилази да право постаје „мост", који повезује вредности и конкретно владање. Право изражава садржај вредности и предлаже облик идеалног владања. И још нешто: та чињеница дозвољава да се говори о вредносној страни права као степену „осетљивости" (*енфорсибилитета*) права према вредностима или као степену остваривања вредности у праву и путем права.

Право објективно преноси вредности и усмерава прописе ка њима. Захваљујући томе, вредности бивају остварене у нашој стварности. Оне спречавају да се овлашћења и дужности које право прописује изгубе у „празнини" позитивизма који истрајава на томе

43 N. Hartmann, 71.

44 *Ibidem*.

45 D. Vrban, *Država i pravo*, Golden marketing, Zagreb 2003, 233.

46 А. Кауфман, *Право и разумевање права*, Београд Ваљево 1998, 200.

47 *Ibidem*.

да покоравање не може бити условљено „знањем о правности или неправности закона“.[48] Упркос „претензији“ права на убедљивост, уверљивост и обавезност, оно мора да пронађе своје место у свету вредности. Последица је следећа: „скретање са те потраге... наноси велику штету праву, доводи до подозривости и коначно до његовог одбацивања“. У том случају, право више није „слика“ вредности већ израз људске самовоље.[49]

Одређивањем вредности може се одредити место права у њиховом систему. Према Емилу Ласку (*Emil Lask*) правне норме могу се извести из апстрактних формула вредности.[50] Затим би требало те „надемпиријске вредности (*überempirischer Werte*)“, како их Ласк назива, претворити у „самосталне животне силе (*realen selbständigen Lebensmächten*)“.[51] То се може постићи „уношењем“ вредности приликом стварања и примене права, чиме оне могу да постану стварно делотворне. На тај начин, право стиче своје трансцендентално место (*treanszendentalen Ort*) у свету вредности.[52] У стварном свету, оно се односи само на оне појединце који не испуњавају неку вредност сами од себе.[53]

Иако се право може сматрати производом човека, оно се као такво може одредити и прихватити тек када је засновано на идеји која га повезује са његовом сврхом или када се односи на понашање повезано са вредношћу.[54] Само вредности могу да сачињава идеју права. Оне су „грађа за идеју“, у овом случају, грађа за идеју права чији је смисао да служи вредности. И обратно, постојање права није могуће ако је оно „слепо за вредности“.[55] Штавише, целокупно наше постојање заснива се и одржава уз помоћ вредности које служе као вечити стандарди понашања.[56] Само вредности могу да „подаре“ обавезујућу снагу правним нормама,[57] јер само оне имају „стваралачку моћ“. То нарочито важи за моралне вредности. Захваљујући њима,

---

48 А. Фојербах, 17.

49 Вид. J. Ratzinger Benedetto XVI, *Europa, I suoi fondamenti oggi e domani*, Città dell Vaticano 2004.

50 E. Lask, 283.

51 *Ibid.*, 280.

52 *Ibid.*, 286.

53 *Ibid.*, 340.

54 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Verlag Von Quelle & Mezer in Leipzig, Leipzig 1932, 4.

55 *Ibid.*, 4, 29.

56 О односу вредности и понашања вид. B. Reich, C. Adcook, *Values, Attitudes and Behaviour Change*, Methuen, London 1976.

57 О проблему обавезујуће снаге правне норме вид. Р. Лукић, *Обавезујућа снага правне норме и проблем објективног права*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 1995.

може се захтевати да право испуњава „етички минимум“ (*etische Minimum*), како тврди Георг Јелинек (*Georg Jellinek*),[58] и да се усмери ка вредностима и њиховом остваривању.

Постоји и вредносни пут права. Он представља једну врсту „борбе за право“.[59] За аксиолошки приступ је неприхватљиво становиште правног позитивизма према коме се свако посматрање правне вредности проглашава ненаучним, при чему се свесно застаје на емпиријском истраживању права. Вредносни пут права је потребан да би се уклониле магле које су толико дуго стајале на путу разумевања права. Сагласно са тим, није могуће прихватити позитивистичке тврдње да ће правна стварност истиснути правне вредности.[60] Нарочито је важно да правна наука описује, објашњава, критички оцењује и предлаже вредносне садржаје правног поретка, а не да то препусти случају или вољи власти, и тиме одбаци свако правно вредновање.[61] Ни данас, правно вредновање и вредносно посматрање нису у ништа мањој мери филозофска потреба и темељ права.[62]

Вредности показују и својеврсно „аксиолошко лице права“. Односе се на његову суштину а не форму, која није довољна да образложи истинско порекло обавезујуће снаге права. Вредности морају да установе правила, а право мора да постане имперсонално, везано за објективне вредности, а не за интересе.[63] Такође, потребно је изградити пожељан „вредносни менталитет“. Њега човек може да прихвати или одбије, али то неће смањити ни срушити ауторитет вредности. Може се рећи да управо тада вредности помажу праву да изрони из стварности. То важи и за друге друштвене науке.[64]

Одбијање да се користе вредносни судови доводи до дескриптивног изражавања и прикривања изворног знања. За означавање таквог „научног“ поступка Лео Штраус (*Leo Strauss*) користи Веберов израз „интелектуално непоштење (*intellectual dishonesty*)“. Очигледно, искључивост правног позитивизма или, да се овом приликом искористи Штраусов израз: „горка сатира (*bitter satire*)“,[65] омогућила је да се у правној мисли много тога прикрије о природи права.

---

58 G. Radbruch, 42 43.

59 Делом *Борба за правну науку* (*Der Kampf un dei Rechtswissenschaft*) Херман Канторович стварно започиње своју борбу за право (*Ibid.*, 45). Исто је поступио Ру долф фон Јеринг, говорећи о борби за „морално самопотрврђивање“.

60 *Ibid.*, 16, 21.

61 Према Радбруху, то је први утисак који остаје из „читања“ програма историјске школе која као да одбацује свако правно вредновање.

62 Х. Канторович, 21.

63 О питању интереса вид. V. Zsifkovits, *Politk ohne Moral?*, VERITAS Verlag, Linz 1989.

64 L. Strauss, 40.

65 *Ibid.,* 52.

Истрајавањем на истискивању или одбацивању вредности из права, правни позитивизам угрожава властиту историјску објективност и ускраћује себи могућност да осветли правну појаву у њеној укупности.[66] Због тога није способан да разликује вредности од невредности и „добро“ право од „рђавог“ права.

4. ЗАКЉУЧАК

Изгледа да се и у праву догодило исто оно што се догодило самом човеку: попримило је „карактер саморазумљивости“,[67] самодовољности и самодопадљивости, а то је довело до његовог „механичког окамењивања“.[68] Тако се произвело супротно од жељеног: уместо да подстакне самоостваривање појединаца, то самостварење се правом додатно угрожава.[69]

Како год било, право не може бити препуштено „човековој субјективности“.[70] Таква вредносна поставка, која пркоси саморазумљивости права, може се назвати „филозофијом без фелера“. Она представља и реакцију на тврдњу да не постоји „филозофија права, осим као филозофија позитивног права“.[71] Такође, она је одговор на „идеологију зла“[72] која неуморно цвета и вреба на онај исти начин на који ђаво „вреба у заседи на моралну равнотежу човека“.[73] Све то би водило ка „неиздрживом слому“[74] да није питања које одувек поставља моралан човек: „који закони важе и зашто“?[75] Из овога следи да би филозофија вредности морала да буде још одређенија „брана“ данашњој преовлађујућој технократско-позитивистичкој идеологији. То увиђа и Густав Радбрух (*Gustav Radbruch*) током свог, како то Кауфман назива – „искуства пред Дамском“.[76] Треба запам-

[66] *Ibid.*, 61, 63 64.

[67] M. Scheler, *Položaj čovjeka u kozmosu*, Veselin Masleša Svjetlost, Sarajevo 1987, 125.

[68] L. Strauss, 42.

[69] E. W. Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, Dunker & Humbolt, Berlin 1978, 24.

[70] H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung*, Suhrkamp, Frankfurt am Mein 1984, 136 137.

[71] Г. Фасо, *Историја филозофије права*, ЦИД, Подгорица 2007, 548.

[72] О „идеологији зла“ вид. J. Pawel II, *Pamięć i tożsamość*, Città dell Vaticano Milano 2005.

[73] J. Ratzinger, V. Messori, *Razgovor o vjeri*,VERBUM, Split 2001, 128.

[74] Из енциклике папе Лава XIII, под општом ознаком *Eternae patris*. Нав. пре ма: А. Либерт, 28.

[75] А. Либерт, 35.

[76] A. Kaufmann, *Uvod v filozofijo prava*, Cankarjeva založba, Ljubljana 1998, 122.

тити: право припада „царству духа или слободе, царству смисаоних творевина, стварности условљене вредностима, обликоване према идејама“.[77] Али, право припада и вредностима које му омогућавају узлет, јер је историја показала да оно само не може да достигне постављене циљеве и обезбеди човеков опстанак.[78]

Може се закључити следеће: да позитивно право не би постало „дрвена глава без мозга“,[79] увек се мора запитати „шта је долично“, а не само „шта је дозвољено“.[80] Задатак позитивног права је утолико тежи јер треба да „обезбеди да доброта буде безбедна чак и међу злотворима“.[81] Из тог разлога, вредности морају доследно да испуњавају позитивно право, да образлажу и обезбеђују његову обавезујућу снагу, док само право исте вредности мора да изражава и штитити. Вредности од свих нас захтевају да чинимо добро, јер све још није уређено.[82]

Таква доследност у погледу вредности није везана само за право као некакав затворен и самодовољан систем. Она треба да буде динамична, а ипак верна репродукција доброте коју смо примили.[83] Тамо где „законодавац говори, филозофија, наравно, мора да заћути, али тамо где он ћути, ту она улази у своја стара права; где он својом живом речју не даје тумачење умног закона, ту она мора да заузме његово место и осветли својом буктињом оно што је његовом оку остало скривено“.[84] На тај начин „празне формуле норми морају да се испуне садржајем проживљеног живота, односно оно што треба да буде мора да се тесно прожме с оним што јесте... идеја мора да се претвори у стварност“.[85] Тек преко вредности, праву може да се пружи толико преко потребна обавезујућа снага и потпуно оправдање, које није засновано на голој сили.

Може се рећи како право у додиру са вредностима умирује своје властито „Ја“. Оно се више не заснива на моћи и обавези, већ на нечем непропадљивом – на вредностима које су његова узданица, духовна суштина и „пут према истинском развоју“.[86]

---

[77] Ј. Биндер, 31.

[78] Бенедикт XVI, 19.

[79] Ј. Ј. Банхофен, 7.

[80] Г. Фасо, 583.

[81] *Ibid.*, 203.

[82] Вид. B. Häring, *Das Gesetz Crhisti I*, Münich Freiburg 1967.

[83] Бенедикт, XVI, 20.

[84] А. Фојербах, 37.

[85] Ravà, *Lo Stato come organismo etico*, у: *Diritto e Stato nella morale idealistica*, 133 134. Нав. према: Г. Фасо, 584.

[86] Бенедикт XVI, 94.

Dr. Marko Trajković

Associate Professor
University of Niš Faculty of Law

VALUE-ORIENTATION OF THE LAW *VS.* LEGAL POSITIVISM

Summary

The law cannot squeeze out values. Thus, it comes as an imperative of our reality to set the place for the law in the world of values. The world of values is not apart from our reality. In our reality the world of values is the purpose of everything that exists. Actually, it is about the demand to bring values into our reality. The meaning of values is absolute. The eternity of values immediately points to the absolute order of values, which as such has its „homeland" in Creator. The issue of finding the place of the law in the world of values is a „pre-legal" issue. Thereby the world of values is becoming the assumption of the existence and development of the law. Legal norm then becomes the formulation of values. Legal norm is not precious in itself, but only if it expresses fundamental values. Legal norm has to be the logical formulation, that is to say, it has to deliver the contents of value correctly and appropriately. As an expression of the value dimension legal norm obtains the binding power. Keeping in mind the legal norm defined in such a way, nobody can deny its necessity in reality. The law then expresses the contents of value and proposes the model of the ideal behavior. The fact that values have „creating power" is thus proved to be true.

Key words: *Value and No-value. – Law. – Legal positivism. – Moral.*

УДК 347.952-051(497.11)

Др Никола Бодирога*

О УСТАВНОСТИ ИЗВРШЕЊА ПОТРАЖИВАЊА ПУТЕМ ПРИВАТНИХ ИЗВРШИТЕЉА

Усвајањем Закона о извршењу и обезбеђењу 2011. године напуштена је деценијама дуга традиција судског извршења потраживања утврђених из вршним и веродостојним исправама. Додуше, вансудско извршење уведено је раније, путем одређених материјалних закона, али је Законом о извршењу и обезбеђењу установљена нова правничка професија извршитељи. На тај на чин је једна суверена функција државе принудно остваривање потраживања из извршних и веродостојних исправа делегирана приватним лицима. С об зиром на то да извршни поступак нужно укључује елемент принуде према из вршним дужницима одмах се поставило питање уставности овог концепта извршења. У раду анализирамо ово питање узимајући у обзир аргументе правне науке и ретке одлуке уставних судова које су до сада само на парцијалан начин третирале ово питање.

Кључне речи: *Извршитељи. Одређивање извршења. Спровођење извршења. Уставност.*

1. ПОЛОЖАЈ ИЗВРШИТЕЉА ПРЕМА ЗАКОНУ О ИЗВРШЕЊУ И ОБЕЗБЕЂЕЊУ

Најзначајнија новина по којој ће бити упамћен Закон о извршењу и обезбеђењу[1] јесте увођење (приватних) извршитеља. ЗИО дефинише судског извршитеља као службено лице запослено у суду који по налогу или упутству судије непосредно предузима поједине радње извршења (чл. 11, тач. 7 ЗИО), док се извршитељ дефинише као физичко лице које именује министар надлежан за правосуђе да

---

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, *bodiroga@ius.bg.ac.rs*.

[1] Закон о извршењу и обезбеђењу ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 99/11 др. закон, 109/13, 55/14.

у статусу службеног лица спроводи извршење у границама решења о извршењу и да врши друга овлашћења која су му овим законом поверена (чл. 11, тач. 8 ЗИО). У литератури се често користи назив „приватни извршитељ“,[2] у настојању да се тиме направи и подвуче разлика према судском извршитељу који је запослен у суду, док „приватни извршитељ“ обавља делатност као предузетник или као члан ортачког друштва чији чланови могу бити искључиво извршитељи (чл. 312, ст. 2 ЗИО). Због чињенице да га именује министар надлежан за правосуђе и да извршитељ спроводи извршење и врши друга јавна овлашћења примеренији назив био би „јавни извршитељ“, али то остављамо законодавцу за будуће законске измене.

Из законске дефиниције закључујемо да је извршитељ првенствено одговоран за спровођење извршења. То међутим, није једина надлежност извршитеља. Послове које обавља извршитељ дефинише ЗИО у чл. 325 који носи наслов „Овлашћења извршитеља“. У предметима извршења и обезбеђења потраживања, у складу с одредбама и ограничењима прописаним овим законом извршитељ: 1) поступа по предлогу за спровођење извршења и одређује начин извршења, ако извршни поверилац није одредио начин извршења; 2) поступа по предлогу за извршење на основу веродостојне исправе ради остварења новчаног потраживања по основу извршених комуналних и сличних услуга; 3) доставља своја акта, као и поднеске и судске одлуке по овлашћењу суда; 4) утврђује идентитет странака и учесника у поступку извршења; 5) прикупља податке о имовинском стању извршног дужника; 6) доноси закључке, саставља записнике, захтеве и службене белешке у складу с овлашћењима из овог закона; 7) спроводи попис, процену имовине, пленидбу и продају покретне имовине и непокретности; 8) о свом трошку и на своју одговорност поверава трећим лицима продају имовине; 9) прима и чува пописану или обезбеђену имовину извршног дужника, налаже преношење власништва над имовином и обавља деобу имовине и новчаних средстава остварених њеном продајом; 10) спроводи исељење и друге извршне радње неопходне ради спровођења извршења, у складу са законом и другим прописима; 11) на захтев извршног дужника, односно извршног повериоца посредује с циљем постизања споразумног решења; 12) прима и преноси новчана средства, у складу с овим законом; 13) предузима и друге радње предвиђене овим законом. Овлашћења извршитеља су дефинисана одредбама ЗИО, што значи да он поступа искључиво на основу закона. Пометњу може да изазове одредба чл. 28. ЗИО: „У извршном поступку суд, односно извршитељ поступају искључиво на основу поднесака и других писмена, а извршитељ поступа и на основу судске одлуке и општег

[2] Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2013, 793.

овлашћења извршног повериоца, ако овим законом није другачије прописано." Из цитиране одредбе произилази да извршитељ упориште за своје деловање може наћи и у овлашћењу извршног повериоца. Говори се о општем овлашћењу извршног повериоца, мада сам ЗИО само у појединим одредбама говори о поступању извршитеља на основу овлашћења које му је дао извршни поверилац. На пример, када извршење спроводи извршитељ, извршни поверилац може овластити извршитеља да у његово име поднесе захтев за добијање изјаве о имовини (чл. 54, ст. 3 ЗИО). Слично овлашћење можемо пронаћи и у одредбама које уређују извршење на непокретности. Уз предлог за извршење и предлог за спровођење извршења на непокретности потребно је да извршни поверилац поднесе извод из јавне књиге, као доказ о томе да је непокретност уписана као својина извршног дужника (чл. 105, ст. 1 ЗИО). Ако је право на непокретности из става 1. овог члана уписано у јавној књизи на друго лице, а не на извршног дужника, извршни поверилац дужан је да поднесе исправу која је подобна за упис права својине извршног дужника (чл. 105, ст. 2 ЗИО). Исправе из ст. 1 и 2 овог члана на захтев повериоца може да прибави и извршитељ (чл. 105, ст. 3 ЗИО). Без обзира на наведене одредбе не може се говорити о извршитељу као о пуномоћнику извршног повериоца,[3] јер извршитељ поступа првенствено на основу закона.

Ако анализирамо надлежности извршитеља набројане у чл. 325 ЗИО можемо уочити неколико група. Хронолошки гледано на првом месту је тзв. детективска надлежност. Извршитељ има овлашћење да трага за имовином извршног дужника. То је последица чињенице да извршни поверилац не мора у предлогу за извршење да наведе предмете и средства извршења, већ може да тражи да се извршење спроведе на целокупној имовини извршног дужника. У предлогу за извршење извршни поверилац наводи и средства и предмете извршења, односно захтев да се извршење спроведе на целокупној имовини извршног дужника, као и друге податке који су потребни за спровођење извршења (чл. 35, ст. 1 ЗИО). Када извршни поверилац у предлогу за извршење захтева да се извршење спроведе на

[3] У француском праву *huissier de justice* има далеко већи круг овлашћења од судског извршитеља и тешко се са њим може поредити. Он није само орган из вршног поступка већ је истовремено и овлашћен од стране повериоца (*mandataire*) и основ за то је један грађанскоправни, уговорни однос. Истовремено он има и јавна овлашћења која подразумевају наплату потраживања у извршном поступ ку и предузимање извршних радњи, а та јавна овлашћења му поверава министар (*ministére public*). Важно овлашћење које има јесте и да прикупља информације о рачунима и имовини извршног дужника (*recherché des informations),* а надлежан је и за заплену ствари (*saisie vente*) и заплену потраживања (*saisie attribution*). Вид. Hans Friedrich Gaul, „Die erneuete Gesetzesvorlage zur Reform des Gerichtsvollzieherswesen Rechtspolitische Notwendigkeiten, Irrwege und Verfassungsrechtliche Schranken", *Zeit schrift für Zivilprozess (ZZP)* 3/2011, 301.

целокупној имовини извршног дужника или уз предлог поднесе захтев за добијање изјаве о имовини извршног дужника без навођења средства и предмета извршења, суд одређује извршење, односно обезбеђење, без навођења средства и предмета извршења. Након идентификовања имовине извршног дужника, закључком ће се одредити средства и предмет извршења (чл. 20, ст. 3 ЗИО). Извршитељ спроводи извршење на оним средствима и предметима извршења који су наведени у решењу о извршењу, а кад средство и предмет извршења нису наведени, извршитељ спроводи извршење на основу сопственог закључка, на средствима и предметима извршења којим се најповољније остварује намирење извршног повериоца (чл. 20, ст. 4 ЗИО). То значи да извршитељ пре одређивања предмета и средстава извршења треба најпре да идентификује и лоцира предмете и средства извршења, па је тзв. детективска надлежност извршитеља надлежност која претходи свим другим надлежностима.

Главна надлежност извршитеља је несумњиво везана за спровођење извршења, тзв. спроведбена надлежност. Извршитељ поступа по предлогу за спровођење извршења и одређује начин извршења, ако извршни поверилац није одредио начин извршења (чл. 325, тач. 1 ЗИО). Овде је свакако важан изузетак извршни поступак за наплату потраживања по основу извршених комуналних и сличних услуга. Ту извршитељ и дозвољава извршење (тзв. квазисудска надлежност) и спроводи извршење, тј. цео поступак (с изузетком правних лекова) концентрисан је код самог извршитеља. Тако извршитељ поступа по предлогу за извршење на основу веродостојне исправе ради остварења новчаног потраживања по основу извршених комуналних и сличних услуга (чл. 325, тач. 2 ЗИО). Но, осим овог изузетка о којем смо већ опширније писали[4] у самом извршном поступку надлежност извршитеља се концентрише на спровођење извршења. У спроведбену надлежност би спадали и послови спровођења пописа, процене имовине, пленидба покретне имовине и непокретности (чл. 325, тач. 7), затим организација продаје имовине (чл. 325, тач. 8), примање и чување пописане или обезбеђене имовине и новчаних средстава, преношење власништва над имовином (чл. 325, тач. 9 ЗИО), исељење и друге извршне радње неопходне ради спровођења извршења (чл. 325, тач. 10), примање и пренос новчаних средстава (чл. 325, тач. 12 ЗИО).

Извршитељ има значајну улогу у достављању писмена. Извршитељ доставља своја акта, као и поднеске и судске одлуке, по овлашћењу суда (чл. 325, тач. 3 ЗИО). Извршитељ има надлежност за доношење закључака којима се углавном управља

[4] Вид. Никола Бодирога, „Извршни поступак за наплату потраживања по основу извршених комуналних и сличних услуга“, *Анали Правног факултета у Бео граду (Анали ПФБ)* 2/2012, 207 233.

спровођењем извршења (изузетак је опет наплата комуналних и сличних потраживања). Своје закључке извршитељ и доставља и то је његова изворна надлежност. Судске одлуке извршитељ доставља по овлашћењу суда.

ЗИО посебно издваја и посредничку (медијаторску) надлежност извршитеља. Извршитељ на захтев извршног дужника, односно извршног повериоца посредује с циљем постизања споразумног решења (чл. 325, тач. 11 ЗИО). На крају извршитељ може обављати и друге радње предвиђене овим законом (чл. 325, тач. 13 ЗИО).

Сумирајући групе надлежности извршитеља које смо описали, може се закључити да су осим спроведбене надлежности све друге надлежности заправо нове, ако их поредимо са надлежностима које су пре почетка извршитеља имали судски извршитељи. Неке од њих су изворне, друге су поверене. Поједине нове надлежности су већ заживеле у пракси, док за извршавање других треба да буду испуњени одређени услови.

С аспекта уставности оваквог концепта извршитеља највише пажње изазвала је надлежност извршитеља да поступа по предлогу за извршење на основу веродостојне исправе ради остварења новчаног потраживања по основу извршених комуналних и сличних услуга (чл. 325, тач. 2 ЗИО). Нешто мање интересовања и критика изазвала је надлежност извршитеља да поступа по предлогу за спровођење извршења и одређује начин извршења, ако извршни поверилац није одредио начин извршења (чл. 325, тач. 1 ЗИО). Овим двема надлежностима, односно питањем њихове уставности, позабавићемо се у даљем тексту рада.

2. НАДЛЕЖНОСТ ЗА ИЗВРШИТЕЉА ЗА НАПЛАТУ ПОТРАЖИВАЊА ЗА ИЗВРШЕНЕ КОМУНАЛНЕ И СЛИЧНЕ УСЛУГЕ

На почетку смо истакли да увођењем извршитеља нису престали да постоје судски извршитељи. Код већине средстава извршења постоји конкуренција између извршитеља и судских извршитеља. То значи да је у диспозицији извршног повериоца да се определи да ли ће принудну реализицају његовог потраживања спроводити извршитељ или судски извршитељ. У предлогу за извршење извршни поверилац мора назначити да ли ће извршење спроводити суд преко судског извршитеља или извршитељ (чл. 35, ст. 6 ЗИО). Суд је искључиво надлежан за спровођење извршења одлука у вези са породичним односима и за извршење ради враћања запосленог на рад.

Посебан поступак је предвиђен за наплату потраживања за извршене комуналне и сличне услуге (чл. 251− 256 ЗИО). За наплату ових потраживања искључиво је надлежан извршитељ. Не само да искључиво извршитељ спроводи извршење (нема места диспозицији извршног повериоца као код већине средстава извршења) него извршитељ одлучује и о предлогу за извршење. Код других средстава извршења извршитељ може спроводити извршење (ако то захтева извршни поверилац, осим у породичним односима и код враћања радника на рад), али је суд тај који решењем дозвољава извршење. У комуналним предметима извршитељ одлучује о предлогу за извршење (суд је апсолутно ненадлежан) и истовремено је задужен и за спровођење извршења.

Извршни поступак се обично дефинише као систем правила којима се уређује поступак принудне наплате потраживања из извршних и веродостојних исправа. Овим законом уређује се поступак принудног остваривања потраживања (у наставку текста: поступак извршења) и обезбеђења потраживања (у наставку текста: поступак обезбеђења), на основу домаће или стране извршне или веродостојне исправе ако посебним законом није другачије одређено (чл. 1, ст. 1 ЗИО). Када се извршни поступак води на основу извршне исправе, то значи да је претходно у когницијском поступку (парничном, арбитражном, управном, итд.) на ауторитативан и несумњив начин утврђено постојање потраживање. То доказује извршна исправа која настаје као резултат таквог поступка. Након, по извршног повериоца успешно окончаног когницијског поступка у којем је настала извршна исправа, води се извршни поступак ради принудне наплате потраживања утврђеног у извршној исправи. Тада се у извршном поступку заправо само спроводи потраживање чије је постојање неспорно утврђено у когницијском поступку.

Када је у питању веродостојна исправа – а извршни поступак за намирење потраживања по основу командних и сличних услуга се води на основу веродостојне исправе − ситуација је битно другачија. Тада се постојање потраживања није претходно утврђивало у претходном когницијском поступку, већ се први пут о постојању потраживања одлучује у извршном поступку.

Допуштање извршења на основу веродостојне исправе и правно регулисање овог института има за циљ да допринесе брзом и економичном намирењу повериоца. Тумачењем релевантних законских одредби које уређују овај институт долазимо до закључка да закон одређене исправе прихвата као веродостојне документе. За ове документе важи претпоставка да тачно одражавају правну ситуацију на коју се односе, па због тога имају квалитет правних аката на основу којих се може спровести извршење. То су квалификоване јавне

или приватне исправе на основу којих се, без претходно спроведеног когницијског поступка у којем би се утврђивао правни основ обавезе, може покренути извршни поступак ради принудне реализације потраживања садржаног у тој исправи. Оне не представљају правни основ обавезе, већ само доказују њено постојање. Сматра се да је оно што је у њима наведено истинито, док се не докаже супротно. Оне често потичу и од самог повериоца који их саставља и подноси суду као доказ за своју тврдњу да има потраживање према дужнику.

Приликом одређивања извршења на основу веродостојне исправе, први пут се утврђује постојање потраживања. Зато решење о извршењу на основу веродостојне исправе има специфичну структуру. Решење о извршењу на основу веродостојне исправе има двојаку правну природу, јер су у њему садржане две одлуке: 1) налог извршном дужнику да плати дуг (обавезујући део решења који су уподобљава извршној исправи, односно платном налогу) и 2) решење којим се одређује принудно извршење ради наплате дуга из првог става решења.

Код општег извршног поступка на основу веродостојне исправе о потраживању одлучује извршни суд, јер је његова надлежност да одлучује о предлогу за извршење на основу веродостојне исправе. О предлогу за извршење ради намирења потраживања за извршене комуналне и сличне услуге не одлучује извршни суд, већ извршитељ. Предлог за извршење на основу веродостојне исправе ради остварења новчаног потраживања по основу извршених комуналних и сличних услуга подноси се извршитељу на чијем подручју се налази седиште извршног повериоца (чл. 252, ст. 1 ЗИО). Уставност ове законске одредбе је одмах по усвајању ЗИО доведена у питање.

3. ОДЛУКА УСТАВНОГ СУДА

Устав прописује да свако има право да независан, непристрастан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужби против њега (чл. 32, ст. 1 Устава). Дакле, уставни стандард је да се о правима и обавезама (у контексту овог рада говоримо о субјективним грађанским правима и обавезама) одлучује од стране независног, непристрасног и законом већ установљеног суда, правично, у разумном року и на јавној расправи. Реч „суд" у уставној одредби не треба тумачити дословно, али који год орган да одлучује о субјективним грађанским правима и обавезама, у поступку морају бити поштоване гарантије из чл. 32, ст. 1 Устава. Како у поступку за

наплату потраживања за извршене комуналне и сличне услуге о предлогу за извршење на основу веродостојне исправе, тј. о потраживању одлучује извршитељ, поставља се питање да ли у том поступку могу бити гарантована права из чл. 32, ст. 1 Устава.

Иницијативом пред Уставним судом оспорена је уставност целог поступка за намирење потраживања по основу комуналних и сличних услуга јер, према ставу иницијатора, подношење предлога за извршење на основу веродостојне исправе извршитељу, а не суду (чл. 252, ст. 1 ЗИО), као и чињеница да извршитељ закључком одлучује о предлогу за извршење, а не суд (чл. 253 ЗИО), указују на то да извршитељ преузима улогу суда.[5] Уставни суд је решењем одбацио поменуту иницијативу. У образложењу одлуке Уставног суда се, између осталог, каже:

> „У односу на иницијативом оспорене одредбе чл. 251– 256 Закона, Уставни суд налази да се уставна гаранција утврђена одредбом чл. 32, ст.1 Устава, којом се јемчи да свако има право да независан, непристрастан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега, не може тумачити као обавеза суда да о правима и обавезама физичког или правног лица одлучује у свим фазама поступка.
>
> Овакво становиште Уставни суд је заузео поводом сличног правног питања, а у поступку оцене уставности Закона о прекршајима у предмету IУз-1577/2010 од 25. априла 2013. И Европски суд за људска права је у погледу права на судску заштиту из чл. 6, ст. 1 Конвенције изразио став да се не тражи од држава да сваки „спор о цивилним правима и обавезама“ подвргну поступку чији би се сваки стадијум одвијао пред судским телима. Ако се један стадијум поступка одвија пред неким другим телом, захтевима те одредбе удовољено је ако се накнадни стадијум одвија пред судом у спору пуне јурисдикције (пресуда у предмету Albert i Le Compte против Белгије од 10. фебруара 1983)“.
>
> Отуда, по налажењу Уставног суда, Законом о извршењу и обезбеђењу прописана могућност да извршитељ спроводи посебни поступак за намирење потраживања по основу комуналних и сличних услуга, није уставноправно спорна. На законодавцу је да, у складу са својим уставним овлашћењима, а полазећи од законодавне политике и процене целисходности,

[5] Поступак за наплату потраживања за извршене комуналне и сличне услуге оспорен је и због наводне повреде уставне одредбе о равноправности свих облика својине (чл. 86 Устава), али имајући у виду тему рада, тиме се нећемо детаљније бавити.

> пропише ко ће и за које поступке и по којим правилима водити извршни поступак, а што је и учинио поред осталих одредбама чл. 251 – 254, ст. 2 и чл. 255 и 256 ЗИО. С обзиром на наведено, Уставни суд је нашао да је поднета иницијатива у овом делу, очигледно неоснована.
>
> И поводом одредбе чл. 254, ст. 3 ЗИО којом је прописано да приговор против закључка којим се одлучује о предлогу за извршење на основу веродостојне исправе ради остварења новчаног потраживања по основу комуналних и сличних услуга не одлаже извршење, Уставни суд констатује да ова одредба сама по себи није уставноправно спорна. Уставно јемство из чл. 36, ст. 2 Устава, не подразумева обавезно суспензивно дејство изјављеног правног средства на сваку одлуку против које је изјављено. Одредбама тач. 1–4, чл. 254, ст. 1 ЗИО прописани су разлози за приговор, а одредбама чл. 256, ст. 2 и 3 ЗИО прописан је поступак по приговору уз сходну примену одредаба чл. 48 и 49 ЗИО. Ако извршни дужник учини вероватним наводе из приговора којим решење побија у делу у ком је обавезан да намири потраживање суд ставља ван снаге решење о извршењу у делу у коме је одређено извршење и одређује да се поступак наставља као поводом приговора против платног налога (чл. 49, ст. 2 и 4 ЗИО). Осим тога, одредбама чл. 78 и 79 ЗИО уређен је поступак против извршења у случају да је извршење спроведено. Стога, Уставни суд налази да наводи изнети у иницијативама не представљају уставноправно прихватљиве разлоге за основаност тврдње да се одредбом чл. 254, ст. 3 ЗИО крше уставне гаранције зајемчене одредбама чл. 21, 32 и 36 Устава.
>
> Уставни суд, такође налази да је у надлежности законодавца да у оквиру законодавне политике коју води, а с циљем ефикаснијег и економичнијег окончања извршног поступка који се односи на намирење потраживања по основу комуналних и сличних услуга, пропише да приговор против закључка којим је одлучено о предлогу за извршење не одлаже извршење.“[6]

Чини се да је сама поставка проблема око давања овлашћења извршитељима да одлучују о предлогу за извршење на основу веродостојне исправе за извршене комуналне и сличне услуге изведена на погрешан начин. Веродостојне исправе су одређена квалификована доказна средства која редовно потврђују постојање и доспелост потраживања. Сам извршитељ одређивањем извршења проверава постојање и подобност веродостојне исправе за извршење, да ли је извршни дужник пре подношења предлога за извршење опоменут од стране извршног повериоца да изврши своју обавезу, као и дру-

[6] Одлука Уставног суда IУз 782/2012 од 21. марта 2014.

ге формалне и материјалне претпоставке за одређивање извршења. У том смислу се не може радити о одлучивању у смислу ал. 32, тач. 1 Устава. Оно је резервисано за суд који поводом изјављеног приговора врши контролу законитости и правилности поступања извршитеља. На то исправно указује и Уставни суд у образложењу своје одлуке. Није неопходно да суд дозвољава извршење, довољно је да је обезбеђена контрола у поступку по правним лековима. Она несумњиво постоји, јер се против закључка извршитеља у овом поступку може изјавити приговор. Разлози за приговор су наведени методом законске енумерације и ту су углавном наведени сви разлози због којих би дужник могао да оспорава закључак о дозволи извршења. Против закључка којим извршитељ одлучује о предлогу за извршење (чл. 253, ст. 1 ЗИО) извршни дужник може да изјави приговор из следећих разлога: 1) да се веродостојна исправа не односи на извршног дужника; 2) да обавеза из веродостојне исправе није доспела, односно да услов није испуњен; 3) да је обавеза извршена или на други начин престала, у целини или делимично; 4) да је потраживање застарело (чл. 254, ст. 2 ЗИО). О приговору из чл. 254 и 255 овог закона, одлучује веће суда на чијем подручју се налази седиште извршног повериоца (чл. 256, ст. 1 ЗИО). Ако извршни дужник или извршни поверилац изјаве приговор, извршитељ ће списе доставити суду уз нацрт одлуке о приговору, у року од пет радних дана од пријема приговора. Ако је нацрт одлуке тако састављен да потпуно одговара решењу које би се имало донети, суд ће на нацрт одлуке о приговору ставити отисак штамбиља којим се предложени нацрт одлуке усваја. Нацрт одлуке с отиском штамбиља суда има правну снагу решења о извршењу (чл. 256, ст. 2 ЗИО). На даљи ток поступка пред судом сходно се примењују одредбе чл. 48 и 49 овог закона (чл. 256, ст. 3 ЗИО). Сама процедура одлучивања по приговору је спорна јер се предвиђа да извршитељ доставља суду нацрт одлуке о приговору, па суд потом проверава да ли је нацрт тако састављен да одговара решењу које би требало да се донесе. С једне стране се прописује несуспензивно дејство приговора, а са друге се упућује на процедуру по приговору у складу са чл. 48 и 49 ЗИО којима је прописано да приговор одлаже извршење, осим ако је решење о извршењу донето на основу менице. Без обзира на то, не може се говорити о томе да извршитељ преузима улогу суда, јер је контрола законитости и правилности рада извршитеља резервисана за суд у поступку поводом изјављеног приговора.

Европски суд за људска права (даље: ЕСЉП) се спровођењем извршења путем лиценцираних приватних извршитеља бавио само на посредан начин. За акте и радње приватних извршитеља и других лица која могу имати овлашћења у спровођењу извршења, а којима се повређују права из Европске конвенције за заштиту људских права

и основних слобода (даље: ЕКЉП), не може се искључити одговорност државе, јер она одговара за повреде права гарантованих ЕКЉП на њеној територији, без обзира на то од којих лица та повреда потиче.[7] Ипак, бојазни ЕСЉП се више односе на ускраћивање права на изјављивање правних лекова у извршном поступку, односно права на контрадикторан поступак поводом изјављеног правног лека[8] (у нашем случају су ти стандарди испуњени, јер постоји приговор против закључка којим приватни извршитељ одлучује о дозволи извршења ради наплате потраживања по основу комуналних и сличних услуга, а на који се примењују одредбе чл. 48 и 49 ЗИО), те гарантовање права на приступ суду у том случају, него на поверавање овлашћења за предузимање одређених извршних радњи приватним лицима.

У оквиру Савета Европе Комитет министара је 9. септембра 2003. усвојио Препоруку (17)2003 упућену државама чланицама, а која се односи на извршење. У тој препоруци се потпуно равноправно третирају судски и приватни извршитељи. Извршитељ (*Enforcement Agent)* је лице које је овлашћено од стране државе да предузима радње извршења (*huissier, bailiff, enforcement judge*). Овде се морају имати у виду различита решења појединих држава чланица у погледу њиховог запошљавања и плаћања. Извршитељи су или судски службеници или други државни службеници или приватна лица, или постоји комбинација оба модела.

4.СПРОВОЂЕЊЕ ИЗВРШЕЊА ОД СТРАНЕ ИЗВРШИТЕЉА

У теорији је оспорено не само овлашћење извршитеља да одлучује о предлогу за извршење ради намирења потраживања за извршене комуналне и сличне услуге, већ и овлашћење извршитеља да спроводи извршење. Тако се наводи како је процесни институт извршитеља наметнут у Републици Србији, али и другим државама некадашњег источног блока ради заштите иностраних инвестиција. Истиче се како према чл. 142, ст. 2 Устава судови су самостални и независни у свом раду, односно да суду на основу Устава и закона. По овом схватању вршење судске власти не обухвата само доношење мериторних судских одлука већ и њихово принудно извршење. Даље се позива не немачко искуство где је наводно 2007. године одбијено увођење приватних извршитеља, те да је за њихово увођење било неопходно изменити Устав СР Немачке, а да се само Министарство

[7] *Pini* и други против Румуније, пресуда ЕСЉП од 22. јуна 2004, European Court of Human Rights, *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22respondent%22:[%22SRB%22],%22*, 1. април 2012 (§§ 174 189).

[8] *Mladoschovitz* против Аустрије, пресуда ЕСЉП од 15. јула 2010, European Court of Human Rights, *http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22respondent%22:[%22SRB%22],%22*, 10. април 2012 (§§33 38).

правде СР Немачке успротивило преузимању суверених функција државе од стране субјеката приватног права[9] због могућег угрожавања уставних права грађана.[10]

Напред изнети аргументи се ипак не могу прихватити. Када је реч о државама бившег Источног блока, није тачна тврдња да су оне приморане да уведу приватне извршитеље. Управо супротан пример представља Република Хрватска. У овој држави је 2010. донесен нови Овршни закон (*Народне новине,* бр. 139/10, 125/11, 150/11, 12/12, 70/12) који никад није ступио на снагу. Првобитно је требало да ступи на снагу 1. јануара 2011, уз релативно дуги вакацијски период, који је, између осталог, омогућавао успоставу нове извршитељске службе. Међутим, тренутак ступања на снагу је померен за 1. јули 2012, док је раније важећи Овршни закон остављен на снази (Уредба о изменама Овршног закона, *Народне новине,* бр. 154/11, Закон о изменама Овршног закона, *Народне новине,* бр. 12/12). На крају је нови Овршни закон у целости стављен ван снаге. Тиме је извршен повратак на систем судских извршитеља.[11]

Именовани извршитељи који нису почели са радом су се обратили Уставном суду Хрватске који је сваком од њих утврдио право на накнаду штете у износу од 18.000 куна због повреде права на имовину, при чему досуђени износ не утиче на право именованих извршитеља да остваре право на накнаду штете према општим правилима облигационог права. У својој одлуци Уставни суд Хрватске наводи како је суверено право законодавца да оптира за један од два модела извршења судских одлука: „Уставни суд опетовано понавља да избор законодавних модела за уређење појединих односа у друштву сам по себи не подлијеже уставном надзору. Тако је законодавац слободан одабрати и модел оврхе за који сматра да ће најдјелотворније, најбрже и с најмање трошкова испунити циљеве због којих се нови овршни модел и установљава. Законодавац је, дакле, имао уставну овласт да институт јавних овршитеља замијени институтом судских овршитеља. Дискрецијске овласти државе, међутим, не смију за собом повлачити посљедице које се не слажу с темељним уставним вреднотама на којима се гради уставни поредак Републике Хрватске.

---

9 Устав Србије предвиђа могућност да се законом одређена јавна овлашћења повере законом предузећима, установама, организацијама и појединцима. (чл. 137, ст. 2 Устава Србије). Ова одредба је садржана у четвртој глави трећег дела који носи наслов „Државна управа", па се одатле не може закључити да је уставотворац имао на уму преношење судских овлашћења. Додуше, у време доношења Устава Србије, 2006. године, није се још размишљало о увођењу извршитеља.

10 Вид. А. Јакшић, 793 794.

11 Вид. Хано Ернст, „What is the institutional framework of the enforcement sy stem in your country according to the current legal sources?", Civil Law Forum, Тирана, 10 13. март 2013.

Захтјеви владавине права налажу да у околностима какве су постојале у случају службе јавних овршитеља системске законодавне промјене буду проведене у складу с начелом праведне равнотеже, са што мање посљедица за оне које ће те промјене погодити."[12] Република Хрватска је најпре увела извршитеље законом. Ти извршитељи су именовани али никада нису почели с радом. Одлука државе била је да се врати на извршење преко судских извршитеља. Уставни суд Хрватске утврдио је да је тиме повређено право на имовину именованих извршитеља и у образложењу своје одлуке навео да постоји слобода законодавца да изабере модел извршења који сматра најделотворнијим. Ни на једном месту се не помиње неуставност извршења путем приватних лица којима су делегирана јавна овлашћења.

Није тачно да приватни извршитељи постоје само у земљама Источне Европе. У Великој Британији да ли ће пресуду извршити приватни или судски извршитељ зависи од вредности извршног захтева. Грађанске пресуде којима је наложено плаћање суме мање од 600 фунти извршавају се од стране *County Court Bailiffs* (јавни службеници). Пресуде које гласе на плаћање суме од преко 5.000 фунти извршавају *High Court Enforcement Officers* који су приватни службеници. Када се вредност потраживања креће између 600 и 5000 фунти, постоји конкуренција судских и приватних извршитеља.[13]

У СР Немачкој ствари се мењају. Предлог за увођење приватних извршитеља је поново актуелизован 2010. године, на захтев неколико немачких покрајина. Узор је био француски извршитељ *(huissier de justice)* који није државни службеник, већ припадник слободне професије. Штавише, у предлогу је наведено да се тај модел *(huissier de justice)*[14] као припадник слободне професије проширио на земље јужне Европе (Грчка, Шпанија и Португал), као и на неке земље источне Европе.[15] Када је реч о измени Устава, предложена је измена одредбе чл. 33, ст. 3 који прописује да се вршење суверених овлашћења државне власти по правилу врши од стране државних службеника. Измена би се кретала у правцу поверавања овлашћења за спровођење извршења лицима која нису државни службеници.

На крају само поређење Србије и Немачке у овом погледу је бесмислено. Судски извршитељи у Србији могу бити лица која испуњавају опште услове за рад у државним органима. Никаква по-

[12] Одлука Уставног суда Хрватске, U I 5612/2011 од 23. јануара 2013.

[13] John Marston, „A comparative study of the various business models employed by bailiffs in England and Wales“, Саопштење на скупу Public and Private Justice Course 2009: Enforcement, enforceability and effectiveness of legal protection IUC Дубровник, 25.5 29.5.2009. *http://www.iuc.hr/course details.php?id 567*, 29.5.2009.

[14] Вид. H. Friedrich Gaul (2011), 301.

[15] *Ibid.*, 274.

себна знања у области извршног поступка, односно у делу који се односи на спровођење извршења од судских извршитеља у Србији се не захтевају. Они никад нису заживели као засебна професија. Сам систем обрачуна зарада није исти. Модел судског извршитеља који постоји у Србији подразумева државног службеника који ради за фиксну плату, независно од тога колико је успешан у наплати потраживања. Такав систем не мотивише судске извршитеље да се ангажују на спровођењу извршења и отвара врата корупцији.

Забринутост због могуће повреде уставних права грађана је без основа. Повреде права у извршном поступку су се дешавале првенствено за време важења претходног закона, и тим повредама је увек био погођен извршни поверилац, а не извршни дужник. На овакво стање је указивао и ЕСЉП у својим пресудама.[16] Још увек не постоји ниједна одлука ЕСЉП нити Уставног суда којом је утврђена повреда права у извршном поступку, а за коју је одговоран извршитељ.

5. ИЗВРШИТЕЉ КАО ПОСРЕДНИК

Оспоравање уставности извршитеља полази првенствено од схватање да се извршни поступак, односно спровођење извршења, посматра као примена принуде у односу на правну сферу извршног дужника. Извршитељ је овлашћен да претражује стан, односно пословне просторије извршног дужника, али и одећу коју он носи (чл. 72, ст. 1 ЗИО). Он може да отвори просторију извршног дужника и у његовом одсуству (чл. 72, ст. 3 ЗИО). У случају када је то неопходно ради савлађивања отпора извршног дужника извршитељ може да захтева помоћ полиције, која је дужна да, под претњом новчаног кажњавања, асистира при спровођењу извршења (чл. 73 ЗИО).

Ако се само анализирају напред наведене законске одредбе, заиста би се могло закључити да су извршитељи првенствено задужени за спровођење принуде према извршним дужницима. Такав закључак не представља слику извршења у пракси. Све је више извршних поступака који се окончавају без предузимања радњи спровођења извршења, те у том смислу и ЗИО даје могућност извршитељу да на захтев извршног дужника, односно извршног повериоца посредује ради постизања споразумног решења (чл. 325, тач. 11 ЗИО). На тај начин указује се и на промењено схватање самог извршног поступ-

[16] Почнимо од случаја Чех против Србије, пресуда ЕСЉП од 1. јула 2008 (§§ 56 58), Дамњановић против Србије, пресуда ЕСЉП од 18. новембра 2008 (§§ 80 82), па до случаја Лолић против Србије, пресуда ЕСЉП од 22. октобра 2013 (§§28 30), где је као главни кривац за неспровођење извршења апострофирана држава, односно органи и тела под њеном контролом.

ка. У члану 1, ст. 1 ЗИО каже се:“ Овим законом уређује се поступак принудног остваривања потрњивања (у даљем тексту: поступак извршења) и обезбеђења потраживања (у даљем тексту: поступак обезбеђења), на основу домаће или стране извршне или веродостојне исправе ако посебним законом није другачије уређено“. У самом члану 1 ЗИО акценат је на принуди, односно извршни поступак се и даље схвата као систем правила којима се уређује поступак принудне наплате потраживања. Оваква схватања се постепено превазилазе. Променио се и циљ извршног поступка, а тиме и улога самог извршитеља. Све мање се његова улога своди на примену силе, а све више је он посредник између странака извршног поступка (*Vermittler zwischen der Vollstreckungsparteien*), који настоји да постигне наплату потраживања на основу обострано прихватљивог решења.[17] Препорука 17(2003) Савета Европе која се односи на извршење упућује на то да се води рачуна о интересима обеју странкама извршног поступка, а у вези са применом чл. 6 и 8 ЕКЉП.

Када се наведени аргументи узму у обзир смислено је решење ЗИО које признаје извршитељу посредничку улогу у извршном поступку. Поставља се питање колико су други институти ЗИО у складу са посредничком улогом извршитеља. Овде се морамо вратити на једно од основних начела грађанског судског поступка, а тиме и извршног поступка − начело диспозиције. Да би извршитељ могао да игра посредничку улогу неопходно је постојање простора у којем би се испитала могућност постизања споразума који би био прихватљив с аспекта обеју странака извршног поступка. ЗИО те предуслове не уређује директно. О могућности постизања споразума између странака извршног поступка сазнајемо из члана 76 „Обустава извршења“. Извршни поверилац и извршни дужник могу се споразумети да се дуг исплати на рате и о томе доставити споразум оверен у суду, у ком случају ће се извршни поступак обуставити по службеној дужности (чл. 76, ст. 4 ЗИО). Реч је о некој врсти поравнања којим извршни дужник признаје дуг, а извршни поверилац пристаје да исплату прими на рате. Не говори се до ког тренутка се споразум може закључити, али имајући виду да ће последица бити обустава извршења, јасно је да би такав споразум био допуштен све док извршење не буде спроведено. Споразум мора бити оверен у суду, при чему се мисли на оверу потписа. Уколико је овакав споразум закључен, суд ће обуставити извршење. Једини споразум који познаје ЗИО је споразум о исплати дуга на рате, споразум се оверава у суду, и доставља суду који ће потом обуставити извршење. Једина последица споразума може бити обустава извршења, при чему ако суд обустави извршење, а из-

[17] Burkhard Hess, *Die Neuorganisation des Gerichtsvollzieherswesens*, Rechtsgut achten, 2006, 37, наведено према H. Friedrich Gaul (2011), 283.

вршни дужник престане с исплатом рата, извршни поверилац би морао поново да поднесе предлог за извршење, што чини овај споразум непримењивим у већини ситуација које се у пракси могу јавити.

6. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Увођењем извршитеља напуштена је вишедеценијска традиција извршења судских одлука и других извршних и веродостојних исправа путем суда, односно путем судских извршитеља. Није постојала обавеза Републике Србије, да у контексту придруживања ЕУ уведе извршитеље. Видели смо да је Република Хрватска најпре увела извршитеље новим Овршним законом, али се убрзо након тога вратила на систем судских извршитеља. Обавеза увођења извршитеља не произилази нити из одредаба ЕКЉП, нити из ставова које у својим пресудама заузима ЕСЉП. Увођење извршитеља уз задржавање судских извршитеља, односно постојање паралелног колосека извршења је добро јер ће показати који је систем бољи. Уколико се покаже да нови систем не доприноси унапређењу извршног поступка држава се увек може вратити на старо.

Само оспоравање извршитеља позивањем на повреду уставних одредаба не стоји. То потврђују уставни судови својим одлукама, али и ЕСЉП. Уместо позивања на повреде права у поступку које ће извршитељи наводно да почине треба се позабавити усаглашавањем извршног поступка са стандардима из ЕКЉП и Устава. Да је извршење путем судских извршитеља могло да задовољи те стандарде нико не би размишљао о увођењу извршитеља.

Dr. Nikola Bodiroga

Assistant Professor
University of Belgrade Faculty of Law

CONSTITUTIONALITY OF ENFORCEMENT OF CLAIMS BY PRIVATE ENFORCEMENT AGENTS

Summary

The main focus of this paper is legal status of private enforcement agents in Serbia. The 2011 Serbian Law on Enforcement and Securiy has introduced private enforcement agents as legal professionals in charge mainly for carrying out of the enforcement. Special enforcement procedure for collection of utilities and similar claims has become exclusive competence of private enforcement agents. Since enforcement procedure has always been regarded as a set of coercive measures against enforcement debtor, it became questionable whether this coersion could be exercised by private enforcement agents. It has been argued by legal scholars that enforcement of civil judgemnts and other enforcement deeds belongs only to the state authority. The author tackles this issue from the standpoint of decisions of constitutional courts and jurisprudence of European Court of Human Rights.

Key words: *Enforcement Agents. – Ordering enforcement. – Carrying out of the enforcement. – Constitutionality.*

УДК 340.12

Др Бојан Спаић[*]

АНАЛИТИЧКА И ХЕРМЕНЕУТИЧКА ТЕОРИЈА ПРАВА

Нико не може прескочити сопствену сјенку.

Ханс-Георг Гадамер

У раду се излажу основни правци развоја у филозофији права у прет ходних неколико деценија са становишта метатеоријског разликовања између аналитичке и херменеутичке перспективе у проучавању права. Аутор тврди да се скорије филозофије права махом не позиционирају у оквирима традиционал не дихотомије јуснатурализам   правни позитивизам, те да та дихотомија све мање успијева да објасни разлике између савремених поимања права. Као алтер натива се излаже ралика између аналитичке филозофске традиције и херме неутичке филозофске традиције које се пресудно утицале на обликовање пост хартовских струјања у англосаксонској филозофији права и посткелзеновских струјања у континенталној филозофији права. Коначно, испитује се утицај херменеутичке филозофије и правне теорије код нас како у погледу изградње херменеутичке теорије права тако и у погледу изградње теорије правне хер менеутике.

Кључне ријечи: *Херменеутика.   Аналитичка филозофија.   Тумачење.   Тео рија права.   Филозофија права.*

1. УВОД

Филозофске афилијације појединих кључних теоретичара права двадесетог вијека су пресудно утицале на обликовање њихових погледа у оквиру опште теорије права. Неокантовство је било основно упориште чисте теорије права Ханса Келзена (Hans Kelsen, 1881–1973), теорије која је себи поставила задатак да право делимитира у односу на сродне дисциплине и установи га као строгу

[*] Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *bojan.spa ic@ius.bg.ac.rs*.

нормативну науку.[1] Филозофија обичног језика Џона Остина (John Langshaw Austin, 1911–1960), послужила је Херберту Харту (Herbert Lionel Adolphus Hart, 1907–1992) као инспирација за излагање онога што је и данас ортодоксија у англоамеричкој правној теорији.[2] Наравно, то не значи да се филозофске позиције централних протагониста новије повјести правне теорије рефлектују увијек директно на њихово правно мишљење. Много је чешћи случај да правни теоретичар, суочавајући се с горућим правним проблемима свог времена, предмету приступи из одређене перспективе која на тај предмет баца специфично свијетло и дјелимично одређује одговоре на постављена питања.

Чини се несумњивим да се филозофска становишта неизоставно преплићу с теоријско-правним становиштима. За разлику од дифузности позиција и дебата у филозофији, метатеоријски посматрано, филозофија и теорија права се током историје структурирају у дихотомији јуснатурализам–правни позитивизам. Поменута дихотомија се данас, ако се као њена окосница узме проблем демаркације права и морала као нормативних система, показује све мање способном да обухвати проблеме и дебате у савременој теоријској јуриспруденцији.[3]

Упркос вишедеценијским настојањима појединих правних теоретичара, нашој правној теорији није својствено нити практично познато контрастирање између начина проучавања права које надилази традиционалну дихотомију позитивизам–јуснатурализам, која је данас великим дијелом хеуристички неупотребљива у проучавању савремених струјања у правном мишљењу. Управо због тога нам се чини опортуним да изложимо неке од основних разлика у проучавању права из перспективе метаправних позиција које се при том проучавању заузимају.

---

[1] Stanley L. Paulson, „The Neo Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law“, *Oxford Journal of Legal Studies* 12 (3), 1992, 311 332.

[2] G. J. Postema, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, Carolina, Springer, 2011, p. 267. Случајеви правне филозофије која нема упо риште у некој општој филозофији прије су изузеци који потврђују правило. Пишући о Артуру Кауфману, Данило Баста наглашава да он „припада оним правним филозо фима чија је мисао у присној и уједно плодоносној вези са савременом филозофијом“ Данило Н. Баста, „Правна херменеутика Артура Кауфмана“*,* у: *Основни проблеми филозофије права*, Подгорица, Црногорска академија наука и умјетности, 1994, 196.

[3] Brian Leiter, „The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Skepticism“, *Social Science Research Network Working Paper Series*, 2010, 1 21.

2. ХЕРМЕНЕУТИЧКА И АНАЛИТИЧКА ТРАДИЦИЈА

С обзиром на значај филозофских проблема у теоријско-правним дјелима, данас је постало прикладније говорити о различитим перспективама у проучавању права које се мање или више приближавају доминантним струјањима у савременој филозофији него о непомирљивим и вјечно супротстављеним супстанцијалним становиштима.[4] У традицији XX вијека та су струјања у првом реду: а) аналитичка филозофија – чији се антиметафизички коријени могу видјети у раду на математици и логици, који је предузео Фреге (Friedrich Ludwig Gottlob Frege, 1848–1925), и у Витгенштајновом (Ludwig Josef Johann Wittgenstein, 1889–1951) *Tractatus logico-philosophicus* (али се основне духовне инклинације могу пронаћи већ у емпиристичкој филозофији), и б) европско-континентална филозофија – која у XX вијеку слиједи доминантно феноменолошка струјања, која је покренуо Хусерл (Edmund Gustav Albrecht Husserl, 1859–1938) полазећи од Брентановог (Franz Clemens Honoratus Hermann Brentano, 1838–1917) рада, а на која се настављају обновљене егзистенцијалистичке и херменеутичке традиције XIX вијека. Данас се, упркос дифузности континенталних струјања, може говорити о двије доминантне филозофске традиције које су утицале на обликовање позиција у оквиру филозофије и теорије права. Ријеч је, дакако, о аналитичкој и херменеутичкој филозофској традицији.[5] Сумарно објашњење тих струјања може нас довести до разликовања савремених перспектива у проучавању права.

Почеци аналитичке филозофије везују се на неки начин за језички емпиризам у којем је рођена идеја да се стари метафизички проблеми западне филозофије, уколико из ове перспективе нијесу бесмислени, могу ријешити логичко-језичком анализом. У оквиру аналитичке филозофије, већ од самих њених почетака, сви централни филозофски проблеми схватају се као проблеми језика – „*филозофија је логика науке*, тј. логичка анализа појмова, судова, доказа, теорија науке“.[6] Служећи се средствима концептуалне анализе, аналитичка филозофија је заснована на увјерењу да се растављањем концепата на њихове саставне дијелове може доћи до неке врсте базичних појмова

4 На тај начин о дихотомији јуснатурализам правни позитивизам говори Ханс Келзен. Vidjeti: Koller, Peter, „The Concept of Law and Its Conceptions“, *Ratio Iuris* 19 (2) 2006, 182.

5 Jürgen Habermas, „Hermeneutic and Analytic Philosophy: Two Complementary Versions of the Linguistic Turn“, translation: Barbara Fultner, in: *Truth and Justification*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press 2003, 51 82.

6 Rudolph Carnap, „On the Character of Philosophical Problems“, in: Richard Rorty (ed.), *The Linguistic Turn: Essays in Philosophical Method*, Chicago, University of Chicago Press 1992, 54 55.

који се не могу даље анализирати. Због јасних паралела с физиком, та су схватања, чији је један од првих пропонената на енглеском говорном подручју био Џ. Е. Мур (George Edward Moore, 1873–1958), названа „логичким атомизмом“, који је доминирао аналитичком филозофијом у двадесетим и тридесетим годинама прошлог вијека.

Друга фаза аналитичког мишљења почиње с бечким кругом који је основао Морис Шлик (Friedrich Albert Moritz Schlick, 1882–1936).[7] У оквиру тог круга развија се идеја о стварању научног језика у којем би биле садржане искључиво смислене тврдње. Аналитичку неконтрадикторност или емпиријску провјерљивост, као критеријум за смисленост судова, покушаће да понуди Ајер (Alfred Jules Ayer, 1910–1989) у дјелу *Language, Truth and Logic* из 1936. У радовима аналитичких филозофа већ средином вијека ће увјерљиво бити показана сва бесмисленост покушаја издвајања вјештачког језика који би отклонио проблеме у строгој научној и филозофској комуникацији. Пажња теоретичара тог круга мишљења тиме бива битно помјерена с идеалних логичко-језичких конструкција на проблеме обичног језика и његове употребе као превасходног проблема било које филозофије. Језик, с којим је аналитичка филозофија почела свој пут, губи своје значење скупа дескриптивних исказа који одговарају стварности. Анализирајући природни језик у свакодневној употреби, Џ. Л. Остин долази до подјеле на *локутивне*, *илокутивне* и *перлокутивне* говорне акте, водећи се идејом да, када говоримо, ми заправо нешто радимо прије него што описујемо свијет у посебичним терминима. У окрету ка онтолошким и метафизичким проблемима који је услиједио након доминације филозофије обичног језика аналитичка проблематика се знатно удаљава од својих коријена, држећи се своје основне идеје о концептуалној анализи као начину филозофског постављања проблема и претежно претпостављајући да филозофија треба да утре пут (прије свега природној) науци.[8] Епистемолошки проблеми, које је рана аналитичка филозофија претпостављала као основне, захваљујући превасходно Квајновој (Willard Van Orman Quine, 1908–2000) разорној критици разлике аналитичко–синтетичко у раду *Two Dogmas of Empiricism*,[9] показују се тешко рјешиви без испитивања

[7] Шлик долази на чело организације појединаца заинтересованих претеж но за филозофију науке (првобитно назване Удружење Ернст Мах) након стицања позиције предавача на Бечком универзитету. Убрзо се удружењу уз Ханса Хана (Hans Hahn), прикључују и Рудолф Карнап (Rudolf Carnap, 1891 1970), Херберт Фајгл (Herbert Feigl, 1902 1988), Курт Гедел (Kurt Friedrich Gödel, 1906 1978), Ото Нојрат (Otto Neurath, 1882 1945), Фридрих Вајсман (Friedrich Waismann, 1896 1959) и други.

[8] Aloysius Martinich, „Introduction“, in: Aloysius Martinich, David Sosa (eds.), *A companion to analytic philosophy*, Malden, Blackwell, 2001, 1 4.

[9] Willard Van Orman Quine, „The Philosophical Review“, *The Philosophical Re view* (60), 1951, 20 43.

основних антиметафизичких опредјељења, као и без темељног преиспитивања емпиристичких усмјерења у анализи језика.[10] Дакле, „[д]а бисмо уопште знали који метод да прихватимо, ми већ морамо имати неке метафизичке и епистемолошке закључке“,[11] што је јасно већ у позном Витгенштајновом раду, а бива освјешћено у оквиру поменутог круга мишљења. Аналитичка филозофија тако од самих својих почетака гаји идеју о језику као о основном медијуму и основној филозофској преокупацији, с тим што ће тек касније раскинути с идејом да је логичка синтакса језика та која нам нуди привилеговани приступ стварности.

Упркос таквој унутрашњој динамици и бројним савременим критикама (а нарочито неопрагматичкој, деконструктивистичкој и херменеутичкој), аналитичка филозофија се од свог постанка до данас повезује с филозофијом природних наука и с једним нарочитим стилом „of doing philosophy“. Бернард Вилијамс (Bernard Arthur Owen Williams, 1929–2003), један од најзначајнијих етичара у оквиру аналитичке филозофије, писао је:

> Оно што разликује аналитичку филозофију од осталих савремених филозофија (иако не превише од филозофија из неког другог времена) јесте начин поступања, који укључује аргументе, дистинкције и у оној мјери у којој се успјева постићи умјерено прост говор [...] разликује оштро између опскурности и техничности.[12]

Континентална филозофска традиција јесте од самих својих почетака (који се свакако могу пратити од антике, али је далеко прикладније њихово ситуирање у картезијанском заснивању субјективитета, као и у емпиристичким и рационалистичким дебатама из којих је проистекао класични њемачки идеализам) дифузнија, али и она, упоредо с аналитичком, у XX вијеку проблематизује утемељујући

---

10 M. Jori, „Introduzione“, in: Mario Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica*, Torino, Giappichelli, 1994, 6.

11 R. Rorty, „Metaphilosophical Difficulties of Linguistic Philosophy“, in: R. Ror ty (ed.), *The Linguistic Turn: Essays in Philosophical Method*, Chicago, University of Chicago Press, 1992, 1.

12 Bernard Williams, *Ethics and the limits of philosophy*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985, p. 285. О основним карактеристикама аналитичке филозофије Мајкл Дамет (Michael Anthony Eardley Dummett, 1925 2011) говорио је на овај начин: „Оно што разликује аналитичку филозофију, у њеним различи тим манифестацијама, од осталих школа јесте вјеровање, прво, да се филозофско схватање мишљења може достићи посредством филозофског схватања језика, и друго, да се разумно схватање може постићи само на тај начин“: Michael Dummett, *Origins of Analytical Philosophy*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1994, 4. Цитирано је становиште, сасвим сигурно, барем дјелимично, ако не и у потпуности, погрешно.

значај језика за свако мишљење које настоји да освјести сопствене претпоставке. У оквиру континенталне филозофије тај подстицај је дошао од Мартина Хајдегера (Martin Heidegger, 1889–1976) који је из романтичарске традиције извукао поуку о „парадигматском карактеру херменеутике коју су развили Дројсен и Дилтај“.[13] Поред тога што се филозофија свијести, која је у XIX вијеку цвјетала на европском континенту, најбоље огледа у примату епистемолошке, а тиме и научно-методолошке проблематике, примату који је услиједио након слабљења спекулативних конструкција класичног њемачког идеализма, континентална филозофија је, за разлику од аналитичке, увијек остала знатно више везана за хуманистичке дисциплине, литературу и умјетности. У вези с њеним односом према хуманистичким дисциплинама, које су бар у последња два вијека биле у центру пажње континенталне филозофије, Луц Гелдзецер (Lutz Geldsetzer, 1937–) пише:

> Аналитичка филозофија и филозофија науке су биле и још увијек јесу највећим дијелом оријентисане на процедуре истраживања и изградње теорија у царству природне науке. Такозване хуманистичке дисциплине или ‘моралне науке’, још од времена Огиста Конта и Џона Стјуарта Мила, највећим дијелом су сматране за неразрађене и неразвијене дјелове монолитског подухвата модерне науке, који је изграђен на основу математике и физике.[14]

На основу наведеног, дâ се закључити да је подјела на континенталну и аналитичку филозофију, бар једним дијелом, питање стила филозофирања. У прилог тој тврдњи говори и чињеница што се никако не може рећи како у оквиру континенталне филозофије нема аналитичке аргументације, већ искључиво то да се аргументација разумије у контексту дијалектике питања и одговора која сеже до грчких почетака западног мишљења. Стилистичке разлике, ипак, не могу у потпуности објаснити разлике између традиција,[15] већ се прије појављују као индикативне, у том смислу што указују на темељне неједнакости у поступку и начину разматрања филозофских питања.

Можемо се сагласити с појединим ауторима да, иако не постоје централне теме које су суштински различите, сасвим сигурно постоје основни модалитети мишљења који су међусобно дивергентни и тешко ускладиви. Континентална филозофија је у својим основним

13 J. Habermas, 2003, 51.

14 Lutz Geldsetzer, *Truth, Falsity and Verisimilitude in Hermeneutics*, 1998, *http://goo.gl/vrdYq8*.

15 Neil Levy, „Analytic and Continental Philosophy: Explaining the Diferences“, *Methaphilosophy* 34 (3), 2003, 287.

појавним облицима 1) била концентрисана на обухватност мишљења, која се испољавала као недостатак специјализације (а управо је специјализација карактеристична за аналитичку филозофију); 2) и имала је, бар у добром дијелу XIX и XX вијека, „несцијентистички“ карактер у том смислу што се за разлику од аналитичке филозофије није саморазумјевала као програмски основ природних наука; 3) карактерисана је дубоком историчношћу филозофских проблема и свијешћу о проблематичности прогресивног карактера филозофских рјешења. За континенталну филозофију након Хегела (Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770–1831) историја филозофије јесте на много начина филозофија сама;[16] и коначно, 4) херменеутичко искуство јесте радикално дијахроно оријентисано, темпорални карактер разумјевања је увијек примаран, зато што континентална филозофија никада није заборавила поуке историцизма XIX вијека (иако је раскринкала његове неутемељене претензије).[17]

Самим тим континентална филозофија је за разлику од аналитичке увијек била далеко од смиривања у оквиру једног парадигматског оквира, а њене најзначајније фигуре уобичајено су субверзивни мислиоци, који потенцијално мијењају цјелокупан *Weltanschauung* једног времена. Фуко (Michel Foucault, 1926–1984) у вези с овим тенденцијама каже следеће:

> Шта је филозофија данас [...] ако није критички рад који мишљење врши на самом себи? У чему се састоји ако не у подухвату да се сазна како и у којем је обиму могуће мислити другачије?.[18]

Наведена Вилијамсова оптужба која се тиче опскурности у начину излагања филозофских проблема, највећим се дијелом може приписати управо тим карактеристикама континенталне филозофије. Од Хегела наовамо на континенту *филозофирати* у битном значи суочавати се с проблемима који не морају бити традирани, али морају бити образложени из перспективе дијалектичке цјелине,

[16] Vidjeti: N. Levy, p. 289. Интересантна је теза по којој су разлике између континенталне и аналитичке филозофије у томе што је аналитичка филозофија у потпуности изграђена по научном моделу и у томе што се у аналитичкој филозофији, уз идеју о прогресу филозофије, успоставило оно што је Кун (Thomas Samuel Kuhn, 1922 1996) у погледу развоја природне науке називао парадигмама: N. Levy, 284 304.

[17] Ернст Тугендхат (Ernst Tugendhat, 1930) запажа несклоност анали тичке филозофије ка рефлектовању својих основних претпоставки, што је, према његовим ријечима, највећим дијелом последица недостатка историјске свијести: Ernst Tugendhat, *Traditional and Analytical Philosophy: Lectures on the Philosophy of Language*, New York, Cambridge University Press, 1982, IV.

[18] Michel Foucault, *The Use of Pleasure*, translation: R. Hurley, New York, Vin tage Books, 1986, 8 9.

коју нам даје повјест западног мишљења од предсократоваца до постмодерних филозофских струјања. Радикалност постављања питања не проистиче из наивног, интуитивног става према појмовима које треба рашчланити, већ из промјене начина тумачења традиција које су одређени проблем схватале на одређени начин. Континентална филозофија сопствену историчност узима озбиљно јер сматра да је значајно непотпун сваки одговор на филозофско питање који не обухвата претходне одговоре у готово догматски формулисаној традицији с многобројним „примјерима класичног“.

3. КОНВЕРГЕНЦИЈЕ ИЗМЕЂУ ТРАДИЦИЈА

Довољно је за сада нагластити оријентисаност савремене континенталне филозофије на језик, која почиње с Хајдегеровом фундаменталном онтологијом, и подударност те филозофије с аналитичким струјањима, која су од својих витгенштајновских почетака већ на неки начин оријентисана на језик. Повезаности између струјања почињу се осјећати у последњим деценијама XX вијека, не толико посредством међусобног утицаја, колико захваљујући унутрашњим потребама и конвергентним интересовањима.[19] У правцу који бисмо генеричким именом могли назвати *постмодерна* одиграва се дефинитивни заокрет филозофије ка језику, и то не на начин логичке анализе језика у служби филозофије науке, што је карактерисало рану аналитичку филозофију:

> Zašto je baš filozofija jezika centralna disciplina filozofije obilježene jezičnim zaokretom? Preusmjeravanje pažnje sa spoznajnih mogućnosti čovjeka na njegove jezične mogućnosti može se objasniti prethodnom promjenom kanoniziranog toka filozofije... [P]ostmodernistička filozofija sumnja u mogućnost valjanog opisa vanjskog svijeta i čovjekovih spoznajnih mogućnosti bez preispitivanja jezika kao primarnog medija filozofije. Prote philosophia postaje filozofija jezika.[20]

Управо у том смислу може се тврдити да је у протеклих неколико деценија лингвистички окрет из прве половине XX вијека „сазрио“,[21] те се с пуним правом може рећи да су „традиције херменеутичке и аналитичке филозофије данас прије комплементарне

[19] M. Jori, 1994, 2.

[20] Matko Sorić, „Semantički holizam i dekonstrukcija referencijalnosti: Derrida u analitičkom kontekstu“, *Prolegomena* 10 (2), 2011, 282.

[21] F. Viola, „Critica dell' ermeneutica alla filosofia analitica Italiana del diritto“, in: M. Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica: Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, Giappichelli, 1994, 64.

него сукобљене“.[22] Требало би имати у виду да то ни у ком случају не значи да су савремени мислиоци заузели еклектичке позиције које инкорпорирају сцијентистичку оријентисаност аналитичке филозофије и хуманистичку усмјереност континенталне:

> У првом реду, оно што је довело до приближавања аналитичке и херменеутичке перспективе јесте свакако језички окрет, који се у првом реду односи на то да су се филозофска питања до сада највећим дијелом преобразила, на дубок начин, у питања језика.[23]

Нема сумње у то да се у филозофији након препорода типично англо-америчког прагматизма и постепеног смањења интересовања за деконструкцију и структурализам може говорити о фузији традиција[24] упркос томе што се термин херменеутика у аналитичкој традицији након осамдесетих година прошлог вијека сасвим ријетко помиње. Савремени мислиоци из оба табора све више узимају у обзир могућност да се поједина „рјешења“ филозофских проблема морају тражити у оквирима и једне и друге традиције. Ернст Тугендхат јесте, на примјер, увјерен да аналитичка филозофија садржи кључ за рјешавање појединих Хајдегерових проблема, а Ричард Рорти сматра то исто, имајући у виду могућност континенталне филозофије да ријеши аналитичке проблеме. Поједини мислиоци у оквиру херменеутике, попут Пола Рикера (Paul Ricoeur, 1913–2005), типично континенталну дихотомију између објашњавања и разумјевања рјешавају управо спајањем двеју традиција, док фон Рајт (Georg Henrik von Wright, 1916–2003) разликује позитивистичку и херменеутичку анализу језика, прије него континенталну и

[22] J. Habermas, p. 52. Гадамер већ почетком шездесетих година прошлог вијека говори о „премошћавању“ англосаксонског номинализма и метафизичке континенталне традиције проблематизовањем језика као предмета филозофског истраживања: Hans Georg Gadamer, „The Nature of Things and The Language of Things“, in: *Philosophical Hermeneutics*, translation: David E. Linge, Berkeley, University of California Press, 1977, 75.

[23] Giuseppe Zaccaria, „Tra Ermeneutica ed Analitica: dal contrasto alla collabo razione“, in: M. Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica: Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, Giappichelli, 1994, 109.

[24] Упркос томе, треба имати на уму и став Ричарда Рортија по коме ана литичка традиција тешко може бити помирена са постметафизичким кретањима у филозофији: „Аналитички филозофи Брендомовом и мом прагматизму највише замерају зато што они ‘разговор’ и даље сматрају нечим другоразредним, нечим ‘слабим’, у поређењу с научним истраживањем. Они третирају науку као културну сферу чији циљеви превазилазе пуко људско. Стога сматрам да је конверзационал на филозофија супротност аналитичкој филозофији. С тог становишта, аналитичка филозофија изгледа као последњи трзај онтотеолошке традиције“: Р. Рорти, Ђ. Вати мо, С. Забала, „Каква је будућност религије после метафизике?“, у: С. Забала (ур.), *Будућност религије*, Београд, Албатрос плус, 2011, 66 67.

аналитичку традицију филозофирања у вези с питањем језика.[25] Рајт, такође, у свом дјелу *Explanation and Understanding* прави разлику између континенталне херменеутичке традиције коју назива „дијалектичком“ и англоамеричке херменеутичке (боље: теоријско-интерпретативне) традиције коју назива „аналитичком“.[26]

С једне стране, питање приближавања двије традиције обиљежено је у последњих неколико деценија у првом реду питањем језика, који се ни у аналитичкој филозофији више не схвата као средство за описивање стварности, већ се озбиљно почиње узимати његов дискурзиван карактер – освјешћивање везе између језика и дјеловања, што отвара аналитичку филозофију континенталним утицајима. С друге стране, херменеутичка филозофија почиње се суочавати са семантиком и анализом језика, које су у дјелима Хајдегера, Гадамера и Бетија практично занемарене.

До могућности теоретисања о конвергенцијама између двије филозофске традиције свакако је у највећој могућој мјери довела тенденција која је (како се то данас, изгледа, често чини) именована као „интерпретативни окрет“. Утицаји које су позно Витгенштајново дјело и Хајдегерово схватање језика извршили на савремену филозофију довели су до озбиљног преврједновања односа између природних и друштвених наука, као и до озбиљног преиспитивања Дилтајеве (Wilhelm Dilthey, 1833–1911) „догме“ о одвојености разумјевања и објашњавања. Филозофија је, како на континенту тако и у англосаксонском свијету, захваљујући развоју догађаја у филозофији природне науке, почела озбиљно да узима интерпретацију као сазнајну активност која је одувијек била у самом центру херменеутике у свим њеним повјесним облицима. Управо су се у проблемима интерпретације почели сабирати, и из те се перспективе разматрати сви савремени епистемолошки, онтолошки, етички и политичко-филозофски проблеми, као и проблеми правне теорије и филозофије уз постепено замагљивање разлике између традиционалних дисциплина.[27] У оквирима аналитичке традиције Квајново схватање неодређености превода и Дејвидсоново (Donald Herbert Davidson, 1917–2003) схватање о радикалној интерпретацији[28] довела су до преиспитивања самих основа лингвистичког окрета,

[25] F. Viola, 1994, 65.

[26] Frederick A. Olafson, „Hermeneutics: 'Analytical' and 'Dialectical',„ *History and Theory* 25 (4), 1986, 29.

[27] James F. Bohman, David R. Hiley, Richard Shusterman, „The Interpretative Turn“, in: James F. Bohman, David R. Hiley, Richard Shusterman (eds.), *The Interpreta tive Turn: Philosophy, Science, Culture*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1991, 2.

[28] Donald Davidson, *Inquiries into Truth and Interpretation* (II ed.), Oxford, Clar endon Press, 2001.

као и до оспоравања за тај окрет кључног разликовања између концептуалног и емпиријског. Наведена схватања су отворила аналитичку традицију за херменеутичке утицаје.[29] Пол Рикер је, настојећи да потврди налаз о универзалности херменеутике упркос Хабермасовим (Jürgen Habermas, 1929–) приговорима који су у том правцу упућени Гадамеру, промјенио на специфичан начин почетна полазишта континенталних онтолошких херменеутичких струјања и плодно повезао учење о интерпретацији с критичком друштвеном науком, инкорпорирајући у херменеутику и моменат језичке анализе, семантичке теорије значења, који је ова, слиједећи Хумболта, добрим дијелом занемарила.

Данас су многи склони да, слиједећи Рортија, разлику између аналитичке и континенталне филозофије, без обзира на њихову историју, посматрају као помањкање сличности у „одређеном сету проблема о којима дискутују поједини професори филозофије у различитим дјеловима свијета" прије него као разлику у фундаменталним методолошким позицијама сваког од тих праваца.[30] Трајно обиљежје аналитичке филозофије ипак остаје „немар" према проблемима историје филозофије, тј. незаинтересованост за оно што је (од Хегела и званично) један од основних проблема континенталне филозофије. Утолико се њени основни проблеми и оријентације мијењају знатно брже него што је то случај у континтенталној. У данашње вријеме се, ипак, управо под утицајем Рортија, Хабермаса, Апела (Karl-Otto Apel, 1922–), Мекдауела (John Henry McDowell, 1942–) и бројних других, ова разлика радикално смањила. Нажалост, све више изгледа да се разлика смањила науштрб континтенталних филозофских позиција.

4. НЕРАЗУМЈЕВАЊА У ОКВИРУ ПОДРУЧНИХ ДИСЦИПЛИНА

Питање о томе у којем је обиму ту комплементарност прихватио шири круг стручне јавности ипак остаје. Поједини мислиоци из оба круга мишљења ће, захваљујући међусобном реферирању и коментарисању, засигурно поспјешити комуникацију, али ће већина академске филозофије остати потпуно имуна на подстицаје који долазе и с једне и с друге стране. Чини нам се да се то најбоље огледа у регионалним дисциплинама, попут филозофије и теорије права, којима ћемо се у наставку подробније позабавити. Бројни су разлози због којих сматрамо да је та, другдје не толико

[29] J. F. Bohman et al., 3 4.

[30] R. Rorty, „Twenty five Years After", in: R. Rorty (ed.), *The Linguistic Turn: Essays in Philosophical Method*, Chicago, University of Chicago Press, 1992, 374.

нова, дихотомија релевантна за разумјевање правних проблема данашњице. Један од првих повода јесте свакако тај што су се фундаментално методолошке и филозофске дилеме које стоје у позадини разликовања јуснатурализма од правног позитивизма највећим дијелом измијениле до непрепознатљивости. На прелазу из XIX вијека у XX вијек та разлика је на филозофском нивоу значила различитост између идеализма и емпиризма, међутим, она данас свакако не означава ништа слично.[31]

Неке од разлога који су довели до слабљења традиционалних дихотомија прецизно идентификује Норберто Бобио (Norberto Bobbio, 1909–2004) у чланку *La ragione nel diritto* из 1987. године. Бобио, наиме, теоретише о слабим и јаким разлозима у праву, претпостављајући да се јаки разлози везују за монизам инстанце која је створила право, док се први везују за претежно техничке начине повезивања правних правила, утврђивања њиховог значења, логичких процедура у доношењу одлуке и слично.[32] У другом случају фигурира практична јуснатуралистичка концепција разума или пак позитивистичка концепција рационалне извјесности и објективности, које творе право (а које су несумњиво сцијентистичке), док у првом случају разум фигурира као разумност, разборитост, давање аргумената који су увијек, бар у најави, антиесенцијалистички и контингентни. Напуштање појединих класичних проблема у јуриспруденцији говори у прилог томе да су критеријуми дефинитивне идентификације позитивног права у неку руку напуштени и да су уступили мјесто струјањима која у центар пажње стављају управо разум у Бобијевом слабијем смислу те ријечи.[33] Сходно томе, и разлика о којој смо претходно говорили јесте релевантна.

Други сет разлога за слабљење метатеоријске експланаторне снаге дихотомије јуснатурализам–правни позитивизам можемо лоцирати у оквиру историје правно-теоријских идеја. Ренесанса класичних правних доктрина након Другог свјетског рата на европском континенту није била дугог вијека. Препород практичке филозофије послужио је као инспирација за топичка, реторичка, а затим и

[31] На примјер, у једној радикалној савременој верзији јуснатурализма Мишел Вилеј (Michel Villey, 1914 1988) сматра да право произлази директно од ствари у том смислу да је уписано у природи. Данас се то никако не може квалификовати као нека врста идеализма, већ као један крајњи епистемолошки и онтолошки реализам: Riccardo Guastini, „Tre domande a Francesco Viola“, in: M. Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica: Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, Giappichelli, 1994, 223.

[32] Norberto Bobbio, „La ragione nel diritto“, in: Carla Faralli, Enrico Pattaro (eds.), *Reason in Law*, Milano, Giuffrè, 1987, 79.

[33] F. Viola, „Ermeneutica e diritto. Mutamenti nei paradigmi tradizionali della sci enca giuridica“, in: Giuseppe Nicolaci (ed.), *La controversia ermeneutica*, Milano, Jaca Book, 1989, 65.

херменеутичка учења о праву. У педесетим и шездесетим годинама XX вијека та учења су се раширила прије свега у Њемачкој, критички приступајући класичним позитивистичким и јуснатуралистичким учењима о разликовању *бивања* и *требања* из перспективе која је у првом реду дијахрона, што ће рећи – на начин који озбиљно узима историчност чињеница и вриједности:

> Филозофска херменеутика је довела у питање претензију формализованих језика науке и технике да заузму цјелокупно поље рационалности, као што су се и херменеутичке теорије правне интерпретације супротставиле претензији правног позитивизма и формализма који су претендовали да изложе цјелокупан правни феномен.[34]

Филозофија права *common law* свијета је највећим дијелом своје повјести у XX вијеку себе називала аналитичком (концептуалном) јуриспруденцијом.[35] Брижљива анализа језика права јесте темељна карактеристика која је заједничка кључним личностима тог правца правног мишљења какви су Оливер Вендел Хоумз и Херберт Харт.[36] Строга, позитивистичка оријентација како Хоумзовог (реалистичког) тако и Хартовог (позитивистичког), модела правног мишљења доминирала је англосаксонским правним мишљењем и још увијек доминира, иако данас у мањој мјери. У Њемачкој у другој половини шездесетих година управо ће херменеутички инспирисане теорије правне интерпретације и теорије права смијенити нормативистичке елаборације неокантовства, које је на непоновљив начин у својој чистој теорији права реализовао Келзен, док ће се у англосаксонском свијету почетком те исте деценије устоличити једна нова верзија правног позитивизма која је црпила инспирацију из језичке оријентисаности аналитичке филозофије. Након Хартовог кључног огледа у дескриптивној социологији права насловљеног *The Concept of Law* из 1961. формулисане су бројне позиције с којих су правни теоретичари покушали да уздрмају аналитичку методологију и позитивизам којим је та методологија у Хартовом дјелу резултирала. Антипозитивистичке тенденције англо-америчке правне теорије најпрегнантније су испољили Ернест Вајнриб (Ernest

---

[34] G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè, 1984, 2.

[35] Поједини утицајни теоретичари у оквиру англосаксонског правног круга данас говоре о томе да правни позитивизам није нужно повезан с концептуалном анализом: Andrei Marmor, „Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence)“, *Social Science Research Network Working Paper Series*, 2012a, 1 26.

[36] G. J. Postema, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, Carolina, Springer, 2011, p. 3. Ваљало би, наравно, имати на уму да су двадесетовјековној аналитичкој јуриспруденцији значајни претходници Остин (John Austin, 1790 1859) и Бентам (Jeremy Bentham, 1748 1832).

J. Weinreb), Џон Финис (John Mitchell Finnis, 1940–), Мајкл Мур (Michael S. Moore), полазећи од различитих филозофских основа: од рационалности, природноправне теорије, или пак филозофског реализма. Интересовања за оне аспекте правног феномена које је тешко покрити из те, у основи позитивистичке перспективе, у Великој Британији и Сједињеним Америчким Државама ће се пробудити тек с херменеутички инспирисаном теоријом права у другој половини осамдесетих година прошлог вијека (о којима ће такође бити више ријечи у последњем поглављу рада).[37] Струјање које је у највећој могућој мјери истакло недостатности аналитичког приступа и оцртало могућност интерпретативистичког (тј. у битном херменеутичког) приступа праву јесте оно које је у првој половини осамдесетих година прошлог вијека инаугурисао Роналд Дворкин под именом „право као интегритет".[38] У Дворкиновој теорији се на најбољи начин уочава то да је аналитичком приступу могуће супротставити приступ који можемо назвати херменеутичким[39] и који до појма права покушава доћи на основу одређеног схватања подухвата правне интерпретације и довођења до разумјевања одређених кључних појмова у оквиру друштвене праксе коју називамо правом.

Имајући на уму претходно речено, данас се филозофија права може посматрати као подвојена у погледу начина на који приступа језичкој и друштвеној стварности коју називамо правом. Из наведених разлога је упутно, у складу с разликовањем између филозофских струјања у савремености, направити разлику између онога што можемо назвати аналитичком и херменеутичком филозофијом права (Jori, 1994b; Rozza, 2010). На нивоу подручне филозофије, каква је филозофија права, разлика између аналитичког и херменеутичког приступа испољава се прије свега као разлика у методолошком, епистемолошком и гносеолошком постављању правних проблема. На тај начин се уз све већи савремени нагласак на правну методологију, теорија права може разматрати узимајући у обзир не резултате, већ опште методолошке перспективе у сазнању права.[40]

У појединим правним културама, каква је италијанска, разлика између аналитичке и херменеутичке перспективе у праву искри-

---

[37] У Америци се већ почетком осамдесетих година говори о томе да се „тема херменеутике или тумачења померала све више у средиште пажње северноамерич ке филозофије" Gary B. Madison, „Kritika Hiršovog pojma valjanosti", *Gledišta* (3 4), 1990, 67.

[38] G. J. Postema, 401.

[39] Дворкин се у свом кључном теоријско правном раду на махове позива на Гадамера, како би поткријепио своје интерпретативно универзалистичке тезе о праву: Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Belknap Press, 1986, 55, 66, 420.

[40] G. Zaccaria, 1990, 3.

сталисала се већ педесетих година прошлог вијека. Преузимање аналитичке перспективе од аутора какав је Норберто Бобио иницијално је слиједило тадашње тенденције логичког позитивизма, али је и та аналитичка перспектива наставила да се развија као релативно самостална, настојећи да поткријепи своје основне поставке новијим развојима у аналитичкој филозофији,[41] повезујући их у погледу теорије правне интерпретације на креативан начин с Келзеновим нормативизмом. Захваљујући развоју догађаја који смо описали, као и порасту интересовања за англоамеричку правну теорију на европском континенту, аналитички приступ постаје ортодоксија правне теорије у најзначајнијим круговима правног мишљења. Херменеутичка реакција се услед тога тек након Дворкина појављује као теоријски етаблирана алтернатива аналитичком приступу. Франческо Виола објашњава разлоге за доминацију аналитичког приступа, а то у ствари јесу и разлози занемаривања херменеутичке перспективе.

а) Први разлог за то разликовање јесте то што основни правни проблеми не могу бити постављени на начин логичког позитивизма већ се као основни језички проблем у вези с правом поставља управо онај који се тиче „интерсубјективних значења" која треба разумјети, а не проблем објашњења стварности која је независна од језика.[42] Херменеутичка традиција, назначили смо слиједећи Хабермаса, посматрала је језик у првом реду ослањајући се на Хумболтова схватања по којима језик није никада само систем знакова већ јесте и дискурс, али и сâм начин друштвено-историјског догађања. У бројним правним културама већ сâм број списа који су у осамдесетим и деведесетим годинама прошлог вијека написани о томе, довољно свједочи о међуутицају херменеутичке филозофије и теоријске јуриспруденције.[43]

б) На континенту је додатни разлог за занемаривање херменеутичке перспективе у праву од стране аналитички оријентисаних аутора био и огроман утицај који је имала (и још увијек има) Келзенова чиста теорија права. У покушају да право строго разграничи у односу на остале духовне науке,[44] Келзен је заправо затворио врата херменеутичким утицијама који су у битном, како код Бетија тако и код осталих заступника филозофске и правне херменеутике, интердисциплинарни и ослоњени на традицију *Geisteswissenschaften*.

41 F. Viola, 1994, 69.

42 *Ibid*., 71.

43 *Ibid*., 61.

44 Термин *Geisteswissenschaft* често се користи у њемачкој литератури да означи спој онога што данас називамо друштвеним наукама и хуманистичким дис циплинама. Сама њемачка ријеч је настала као превод енглеског термина „moral science": Georg Henrik von Wright, *Explanation and understanding*, London, Routledge and Kegan Paul, 1971, p. 6.

У крајњој линији, то је направило строгу разлику између социлошког и правног метода и искључило херменеутичку перспективу из аналитичких разматрања.[45] Наравно, као што смо и претходно тврдили, и поред тога што и у аналитичкој и у херменеутичкој перспективи имамо по сриједи тзв. језички окрет, концепције језика су оно што темељно раздваја та два струјања и у регионалној филозофији каква је правна:

> За анализу језик јесте конвенционални инструмент или пак практична способност оријентације у свијету, за херменеутичку филозофију он је 'кућа бивствовања', тј. мјесто у којем човјек борави и артикулише своја искуства. Аналитичка филозофија (нарочито због утицаја логичког позитивизма) има поетичку концепцију језика (језик је дјело); херменеутичка филозофија има прагматичку концепцију (језик је активност).[46]

в) Нема сумње у то да „право уопште *није* примарно литерарни наратив, већ је јединство норми које служе контроли дјеловања",[47] и да обухвата не само један језички ентитет већ јесте и друштвена чињеница. Утолико је херменеутичка филозофија права склонија да посматра језик као дискурс него као језик у његовој типичној употреби у оквиру одређене заједнице. Наведена теза свакако подразумјева строжу везу између друштвене праксе и правног језика, тј. између метода друштвених наука и правног метода.[48] Додатно, у херменеутичким струјањима у праву јесте освјешћено оно што је у антипозитивистичким струјањима у филозофији науке у другој половини XX вијека постало јасно:

> Когнитивни подухват није више самодовољан, већ је уписан у унутрашњост ширег егзистенцијалног кретања, којим управљају практички обзири и укљученост у одређене искуствене контексте. У том смислу свијест постаје неопходан елемент свијета живота, јер покушава да утврди повезаности и намјере у мрежи односа која постоји у интерсубјективном животу. Но тај когнитивни задатак не може бити обављен изузев на самом путу и нема потпуно значење ван тог пута.[49]

---

[45] F. Viola, 74.

[46] *Ibid.*, 75.

[47] M. Jori, 1994, 29.

[48] Mauro Barberis, „Il troppo poco e il quasi niente. Su ermeneutica e filosofia analitica del diritto", in: M. Jori (ed.), *Ermeneutica e filosofia analitica: Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, Giappichelli, 1994, 150.

[49] F. Viola, 1989, 78.

Другим ријечима, Хартово наглашавање интерне тачке гледишта јесте и у праву довело до оспоравања могућности неке неутралне позиције с које би право могло бити схваћено као самоинтегративан и самодовољан нормативни систем. Херменеутичке су позиције настојале нагласити да је централни проблем теоријске јуриспруденције заправо проблем разумјевања једне друштвене праксе на начин који бисмо бар метафорички могли назвати објективним. Теоријска јуриспруденција се њима покушава повезати с практичном јуриспруденцијом све до крајњих теза, каква је Дворкинова, која каже да сваки правник, суочавајући се у одређеном нормативном контексту са случајем који треба да ријеши одговара на кључна теоријска питања попут питања важења и појма права.

5. ПРАВНА ХЕРМЕНЕУТИКА У СРБИЈИ

Упркос томе што данас можемо, саглашавајући се с Хабермасом, говорити о конвергенцијама између аналитичке и херменеутичке филозофије, приближавање двије, на њима засноване перспективе у области теорије и филозофије права на европском континенту великим дијелом представља процес који још увијек јесте једносмјеран. И у праву се, међутим, у последње три деценије одиграо значајан изазов који су класичним методолошким поставкама аналитичке филозофије и правног нормативизма упутили теоретичари херменеутички инспирисаних интерпретативистичких струјања. У педесетим и шездесетим годинама, та су струјања завриједила релативно мало пажње да би у осамдесетим годинама постала истински такмац нормативистички и аналитички оријентисаној теоријској јуриспруденцији.[50]

Основно интересовање херменеутике јесте језик и то језик у свом писаном облику.[51] Херменеутика, прије свега, представља учење о вјештини разумјевања писаног текста. Правници практичари на нашим просторима ће радо пристати уз тезу да је њихов посао претежно посао тумачења. Херменеутика, као ријеч која означава

[50] Након критике аналитички инспирисаног правног позитивизма коју је осам десетих година предузео Роналд Дворкин, данас се све више учвршћује увјерење да су хартовска струјања однијела дефинитивну превагу и да је строго аналитички при ступ правним проблемима још увијек легитиман подухват. Vidjeti: B. Leiter, „Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence“, *American Jour nal of Jurisprudence*, 48, 2003, 17 51; Scott J. Shapiro„ „The ‘Hart Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed“, in: Arthur Ripstein (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 22 55.

[51] Paul Ricoeur, *Il compito dell’ermeneutica partendo da Schleiermacher e da Dilthey*, in: *Dal testo all’actione. Saggi di ermeneutica*, Milano, Jaca Book, 1989, 72.

учење о тој вјештини, никада није у праву (ван круга теоријске јуриспруденције, али и ту у ограниченој мјери) добила пажњу коју, с обзиром на то самоодређење правничког позива, заслужује. За то постоје бар два начелна и сијасет културно специфичних разлога. 1) Први, принципијелни разлог јесте то што се у оквиру херменеутичке теорије може направити разлика између *дескриптивних* и *нормативних* учења о тумачењу. Описивање активности коју правници увијек предузимају приликом обављања свог посла увијек је имало ограничен домет у оквиру правничке струке. Однос правника и правне теорије никада није однос једнозначног прихватања неких теоријских схватања, већ функционише као образовањем научено саморазумијевање правника у оквиру свог позива. Правници практичари који се баве теоријском јуриспруденцијом прије су изузетак него правило. 2) Нормативна схватања херменеутике у праву такође прати једна подударна амбивалентност. Правила тумачења слиједе логику свих нормативних исказа, она се узимају као обавезујућа за правника уколико иза њих стоји одређени ауторитет. Правна правила о интерпретацији представљају у правним системима на овим просторима ријеткост (један од разлога јесте и недостатак цјеловитих кодификација одређених области каква је грађанско право). Утолико је теоријска елаборација нормативне херменеутике принципијелно ограничена у домету и сврси.

Пређемо ли на разлоге који су културно специфични, говор о правној херменеутици почиње неизбјежно наликовати на ламент. С обзиром на количину и квалитет литературе у области правне теорије на нашем језику, правној херменеутици је посвећено сасвим мало пажње. Ранији аутори који су писали о правном тумачењу једва да су се и дотицали херменеутичке проблематике, иако су, сваки на себи својствен начин, обрадили бројне граничне проблеме, а нарочито проблем значаја језика за *ars iuridica.* Херменеутика је код нас и данас на маргинама интересовања правне теорије и филозофије. У једном од ријетких радова о херменеутици и правној науци, Данило Баста наводи став Артура Кауфмана по којем је правна херменеутика још увијек на почетку свог развоја, наглашавајући да је она „приморана да води борбу за живот, да тражи место под сунцем и да непрекидно потврђује своју легитимност на тлу правног мишљења уопште и правне методологије посебно“.[52]

Најважније дјело о тумачењу права код нас јесте свакако *Тумачење права* Радомира Лукића.[53] Лукић је као пионир у систематској обради те области правне теорије и филозофије на нашим

[52] D. N. Basta, „Hermeneutika i pravo“, *Gledišta* (3 4), 1990, 88 89.

[53] Радомир Лукић, *Тумачење права*, Београд, Савремена администрација, 1961.

просторима тематици приступио пропедеутички, и то не теоријски већ, како је аутор сматрао опортуним и потребним за вријеме у којем је дјело објављено, изразито практично. Првенствена је намјера Лукићева била поучити оне који ће се у правној пракси бавити тумачењем, једној древној и код нас недовољно обрађеној вјештини.[54] Упркос искреној жељи да постане подстицај за даље расправе и дјела о херменеутичкој проблематици, Лукићев је уџбеник како по својим основним поставкама тако и у образовном раду на правним факултетима у Србији остао „свето писмо" за све теоретичаре који су право проучавали, имајући, чини се, ограничен утицај на генерације правника које су образоване у духу тог списа. С практичне стране, Лукићево схватање правног тумачења је упркос намјераваној намјени у правном животу остало на размеђи између „пуке" теорије и каткад хаотичне правне праксе. Теорија је у битном остала изграђена одозго упркос Лукићевом труду да је примјерима приближи позиву судије, адвоката и правника опште праксе, те никада није у довољној мјери схваћена и прихваћена у правном животу. На крају, доживјела је судбину коју су доживјеле многе филозофије права, судбину над којом је Лукић у својим дјелима често ламентирао – остала је подједнако удаљена и од спекулативних претензија филозофије и теорије и од практичних претензија правног живота.

Постоји више разлога због којих је судбина тог ванредно значајног дјела остала „закована" за просторе академске заједнице. На теоријском нивоу 1) озбиљна елаборација херменеутичке проблематике нажалост није услиједила све до кратких, али садржајних чланака Данила Басте на тему односа филозофске и правне херменеутике с краја осамдесетих година прошлог вијека.[55] Баста је већ чланком *Право и херменеутика* из 1989. године знатно изместио тежиште интересовања теорије правног тумачења на њене односе с филозофском херменеутиком. Бавећи се управо теоријом тумачења Емилија Бетија, а у складу са својим академским радом и филозофским склоностима, Баста је дао један сажет и правнички разумљив приказ дијалектике у оквиру херменеутичког наслеђа XIX и XX вијека. Бастина интерпретација појединих значајних аутора у оквирима херменеутике, какав је Емилио Бети, ограничила се на дјелове рада италијанског романисте који непосредно потпадају под оно што бисмо могли назвати нормативном херменеутиком, с обзиром на то да је пажња посвећена прије свега канонима тумачења који по Бетијевом мишљењу (и у Бастиној исправној интерпретацији) имају прецептивну функцију утолико што усмје-

54 *Ibid.*, 3 4.

55 Д. Н. Баста, 1990; Д. Н. Баста, „Правна херменеутика Артура Кауфмана", у: *Основни проблеми филозофије права*, Подгорица, Црногорска академија наука и умјетности, 1994, 195 215.

равају разумјевајуће дјеловање правника (као и филолога, историчара или теолога). Далеко је, међутим, важније да је Бастин повјесни приказ херменеутике отворио врата за разумјевање права као својеврсног умјећа у ономе што је централно за херменеутику – омогућио је интерпретацију правног подухвата као умјешности у језику. 2) Бастина разматрања, инспирисана развојем филозофске херменеутике на европском континенту, јесу парцијално допуњена аналитичким приступом херменеутичким проблемима који је дјелимично усвојио Коста Чавошки у свом *Уводу у право* (иако је то усвајање аналитичке традиције сасвим специфично, обиљежено ауторовим гледиштима и стилом који су укоријењени у традицији континенталне теорије права).[56] Чавошки је тим радом дотадашњу херменеутичку ортодоксију код нас ослободио стега систематичног нормативног приступа управо у корист разумјевања права као умјећа и поимања херменеутике као дијалектике правног дјелања.

Нека новија дјела нажалост нијесу дорасла претходно наведеним ни као компендијуми херменеутичких знања нити као аналитички радови о правној херменеутици, упркос покушајима да се у њима правна методологија строже повеже с теоријом тумачења, будући да је интерпретирана као оруђе у служби разумјевања права. Без обзира на поменуту недостатност потоњих радова, с окретом – по нашем мишљењу темељним – који је услиједио у нашој филозофији права радовима о континенталној топици и реторици у духу послератног препорода практичке филозофије, чији су аутори Љубомир Тадић и Јасминка Хасанбеговић, испунили су се услови за свестрано разматрање херменеутичког проблема у области права. Изнова откривена заснованост права на традиционално схваћеној дијалектици и реторици утрла је пут за проучавања која су претежно аналитички оријентисана те тиме и усмјерена на нека савремена струјања у правној филозофији.[57]

Деценијама након тих првих покушаја изградње правне херменеутике, као теорије правног тумачења, два задатка остају необављена како од сттране правне теорије и филозофије тако и од стране правне догматике: 1) не постоји озбиљан и цјеловит рад у области правне херменеутике који би проблематиком и садржајем задовољио потребе правне теорије и филозофије; 2) потреба за теоријом правног тумачења још увијек не потиче од правника који се сусрећу с проблемима у тумачењу правних правила.

---

[56] Коста Чавошки, Радмила Васић, *Увод у право*, Београд, ЈП „Службени гласник", 2010.

[57] Јасминка Хасанбеговић, *Перелманова правна логика као нова реторика*, Београд, Истраживачко издавачки центар ССО Србије, 1988; Ј. Хасанбеговић, *Топика и право: значај обнове мисли о топици за одређење природе и особености правног расуђивања*, Београд, Војноиздавачки завод, 2005.

Dr. Bojan Spaić

Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

HERMENEUTICAL AND ANALYTICAL JURISPRUDENCE

Summary

The article examines the main strands of development in jurisprudence in the last few decades from the standpoint of the metatheoretical diferentiation between analytical and hermeneutical perspective in the study of law. The author claims that recent jurisprudent accounts can rarely be positioned within the traditional dichotomy natural law theories – legal positivism, and that this dichotomy is not able to acount for the diferences between contemporary conceptions of law. As an alternative the diference between the analytical and hermeneutical traditions in philosphy are explained, as they have crucialy influenced posthartian strands in angloamerican philosophy and postkelsenian strands in continental philosophy of law. Finaly, the influence of hermeneutical philosophy and legal theory is examined in regards of the development of a hermeneutical theory of law and the development of legal hermeneutics.

Key words: *Hermeneutics. – Analytical philosophy. – Interpretation. – Jurisprudence.*

УДК 321.01:72(38) ; 321.15(38)

Др Милош Здравковић[*]

ПОЛИТИЧКИ ИДЕНТИТЕТ АТИНЕ И АРХИТЕКТУРА АКРОПОЉА

У раду се испитује веза између политичког идентитета античке Атине с једне, и архитектуре Акропоља с друге стране. Путем повлачења паралела аргументује се у прилог става да цветање атинске демократије за време Перикловог златног доба и изградња најзначајнијег архитектонског комплекса Старе Грчке нису неповезане појаве. Главна теза која је истакнута у раду јесте да је идеал слободе обликовао атинско демократско уређење, па тако и њен политички идентитет, али да је у исто време вршио директан утицај на све области људског стваралаштва. Снага идеје слободе посебно је видљива на акропољском архитектонском комплексу где је идеја слободе сједињена с економским потенцијалима античке Атине створила најлепши симбол демократије и једно од највећих ремек дела у целокупној људској историји.

Кључне речи: *Атинска демократија. Перикле. Идеја слободе. Акропољ.*

1. УВОД

Архитектура као ретко која област људског стваралаштва може да пружи синтетичку представу о времену и простору у којем је настала. Ту своју способност она дугује својој природи, јер архитектура није само уметност, а није само ни инжењерство, већ њихов плодан спој. Због тога она једнако сведочи како о степену културног развоја, тако и о материјалној снази и технолошком напретку одређеног друштва. Будући да су архитектонска дела резултат колективних подухвата, у њима се као у призми преламају друштвени креативни и економски потенцијали, па се вероватно због тога дух времена у њима тако често препознаје.[1] За ову тврдњу могу се изнети бројни

[*] Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *milos.zdravkovic@ius.bg.ac.rs*

[1] На донекле сличан начин се у последњих неколико деценија у правној теорији посматра однос књижевности и права. Право и литература (*law and*

аргументи, а на овом месту, додуше у најгрубљим цртама, биће изнесен само један. Анализа која следи настојаће да покаже како веза између цветања атинске демократије и изградње атинског Акропоља није случајна, како подударност између најславнијег периода антике и настанка најзначајнијег архитектонског комплекса Старе Хеладе није пука коинциденција, већ супротно томе, да се у Акропољу као у огледалу јасно рефлектују фундаменталне правно-политичке идејне тековине атинског друштва из његовог златног доба.

Иако Атина није била једини грчки полис у којем је облик политичког поретка био демократски, она је била место где је античка демократија иницијално настала и где је достигла свој врхунац, док су остали демократски полиси представљали мање или више бледу копију атинске демократије.[2] У самом срцу атинског демократског уређења лежале су две идеје, два неразлучива концепта, а то су једнакост и слобода. Те две идеје које су се развијале упоредо са развојем демократије, обликовале су политички идентитет античке Атине, али су истовремено вршиле непосредан утицај на све сфере културног стваралаштва. Тај утицај посебно је видљив на акропољском архитектонском комплексу, будући да је његова изградња представљала најзначајнији јавни подухват у Атини током друге половине V века када је античка демократија досегла своју највишу тачку.

literature) који је већ увелико развијен покрет, интердисциплинарно проучава бројне везе које постоје између књижевности и права, а о развијености покрета сведочи да се у његовом оквиру оформило више праваца, међу којима су два главна. Први, под називом *law as literature*, на посебан начин утврђује значење правних текстова коришћењем метода тумачења књижевних дела, док други, *law in literature*, првенствено анализира књижевне приступе значајним правним питањима, односима и процесима. Следбеници покрета Право и литература истичу да користи од њиховог проучавања могу имати не само правни теоретичари, већ и судије, законописци, политичари итд. Међу главне представнике убрајају се James Boyd White, Richard H. Weisberg, Jack Balkin, Daniela Carpi, Robin West, Adam Gearey и др. И у нашој академској заједници постоје аутори који се баве односима између права и књижевности, попут проф. Драгана Митровића („Виљем Шекспир о држави и праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, 38, 1990, „Право, правда и милосрђе у драмама Виљема Шекспира“, *О правди и правичности* (ур. М. Кнежевић), Београд, 1995), Слободана Бељанског, *Поетика права*, ИК Зорана Стојановића, Сремски Карловци, 1999. и др. Значај овог покрета показује како интердисциплинарни приступ проучавању права може имати одређене предности.

2 Велики број грчких полиса добио је демократско уређење услед директног уплитања Атине у њихове унутрашње ствари. Вид. Сајмон Хорнблоудер, „Грчка: Историја класичног раздобља“ у *Оксфордска историја Грчке и Хеленистичког света*, Clio, Београд 1999, 155 159.

2. АТИНСКА ДЕМОКРАТИЈА

Развој демократије у античкој Атини представљао је веома дуг процес, који се стога мора сагледавати не само у целини, кроз његове финалне облике у IV веку пре н. е., већ и узимајући у обзир особине и разлике у појединим фазама тог развитка, поготово током „златног“ V века.[3] Зато је и данас тешко одгонетнути зашто се демократија први пут појавила баш у Атини и зашто је тамо доживела свој врхунац. На њено рођење и уобличење утицали су бројни фактори, а у литератури се с правом обично истичу два основна. Први и свакако најважнији јесте победа Грка у ратовима са Персијом. Персијско царство се током VI века пре Хр. уздигло као најмоћнија империја Старог истока и било је само питање времена када ће доћи у сукоб са грчим полисима. На удару су се први нашли грчки градови на малоазијској обали који су лако савладани. Како персијске амбиције нису биле ограничене само на азијско тло и Египат, сенка с Истока убрзо се надвила и над Грцима с друге стране Егејског мора. Персијанци су се одлучили да прво нападну Атињане, због њихове помоћи јонским полисима с којима их је повезивало заједничко порекло. После маратонског пораза 490. године пре Хр. Персија је опремила изузетно бројну армију, коју је у њеном копненом походу пратила снажна морнарица. Пошто су пробили грчку одбрану код Термопила, Персијанци су ушли у небрањену Атину и до темеља је уништили. Атињани су напустили свој град јер су послушали савет Делфијског светилишта и поверење поклонили снази својих бродова, а не снази својих градских бедема. Заједничким снагама чију је окосницу поред Атине чинила Спарта, Грци су прво у бици код Саламине (480. године) поразили Персијанце на мору, а годину дана касније су у бици код Платеје потукли њихове копнене снаге и тако за дуго времена отклонили опасност од персијске окупације. Објашњење за грчку победу заиста је тешко наћи, поготово када се има на уму бројчана надмоћ Персијанаца. Љубав према слободи и страх од поробљивача ујединили су традиционално разједињене грчке полисе, што је само део објашњења грчке победе, а онај други необјашњиви део су и сами Грци сматрали чудом.[4]

Други основни разлог за рађање и развој демократије у Атини произлази из првог. Атина је успела да искористи све предно-

3 Вид. Christopher W. Blackwell, *The Development of Athenian Democracy*, *http://www.stoa.org/projects/demos/democracy development.pdf*, 17. април, 2014. Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 107 113.

4 Вид. више Војтјех Замаровски, *Грчко чудо*, превео Дејан Стојковић, Алинари, Београд 2004, 270 280. В. В. Струве, Д. П. Калистов, *Стара Грчка*, превела Нина Кожемјакин, Book Marso, Београд 2000, 181 212.

сти заједничке победе за коју је, уосталом, и платила највишу цену. Захваљујући низу способних државника који су је предводили, Атина се нагло економски развија. Паралелно с развојем привреде и трговине, атинско друштвено-политичко уређење пролази кроз убрзану трансформацију. Иако реформе које су спровођене током прве половине V века нису биле утемељене на некој јасној идеји која би била испред свог времена, све оне заједно, уз нараслу економску моћ, довешће до корените промене политичке стварности и мисли.[5] Овај процес биће завршен за време Перикла, најспособнијег атинског државника, када Атина достиже свој највећи успон, улазећи у својих најкреативнијих, цветних 50 година (пентаконтаетија), а идеја демократије своју потпуну афирмацију.[6]

Настављајући дело својих претходника, Перикле је у Атини успео да оствари оно што се само неколико деценија раније чинило потпуно немогућим – да власт у атинском полису организује тако да готово сасвим, барем на формално– институционалном нивоу, избрише разлику између оних који владају и оних над којима се влада. Његова државничка генијалност лежала је у томе што је одлично процењивао све значајне политичке околности као и могућности свог полиса и што је правилним усмеравањем курса државне политике Атину учинио центром целокупне Хеладе.[7] Због тога се, додуше уз нешто улепшавања, период његовог вођства и назива златним периодом атинске демократије.

На том поприлично трновитом путу Перикле је морао да савлада неколико крупних препрека. Један број тих препрека налазио се у самој Атини и оличен је у отпору аристократа према даљем спровођењу реформи, док су друге долазиле споља и огледале су се у суревњивости осталих моћних полиса, пре свих аристократске Спарте. Због тога је Перикле упоредо радио на увећању атинске привредне снаге и постављању чврстог институционалног оквира атинске демократије, схватајући да су те две ствари стајале у непосредној вези. И онда као и данас, увећање привредне моћи зависи од стабилног окружења и ширења сфере утицаја. У складу с тим, на плану спољне политике, Атина се наметнула као лидер Делског савеза који је иницијално био формиран ради одбране од могућег персијског на-

[5] Иван Јордовић, *Стари Грци портрет једног народа*, Завод за уџбенике: Балканолошки институт САНУ, Београд 2011, 298.

[6] Испитујући неколико успешних примера демократског уређења током људске историје, Кејган сматра да је за цветање демократије потребно да се испуне три услова први, постојање доброг институционалног оквира, други, да грађани разумеју и прихватају основне демократске принципе и трећи, висок квалитет вођства барем у критичним тренуцима. Donald Kagan, *Pericles of Athens and the Birth of Democracy*, Guild Publishing, London New York 1990, 2.

[7] *Ibid*., 143 157.

пада. Временом је Атина успела да тај савез претвори искључиво у своју интересну сферу и да врши хегемонију над осталим полисима који су били његови чланови. Хегемонија је Атини донела непосредне материјалне користи, пре свега кроз убирање пореза од осталих чланица, а такође и кроз ширење и апсолутно контролисање тржишта које се простирало преко великог дела Егеја.[8]

Таква спољашња ситуација омогућавала је Периклу да на унутрашњем плану заврши започете реформе. За време његовог вођства, постављен је темељ целокупне будуће атинске демократије, у чијем средишту се налазила народна скупштина – еклесија (*ekklesia*). Еклесију су чинили сви пуноправни грађани Атине и она је доносила најважније одлуке, првенствено у области законодавства. Како је еклесију чинило неколико десетина хиљада људи, ради ефикаснијег рада скупштинске предлоге је припремало буле (*boule*) – веће пет односно четири стотина (у различитим периодима), мада податак да половина скупштинских одлука није усвојена на предлог буле сведочи да демос себе никада није доживљавао само као гласачку машину.[9] Највиша судска инстанца била је хелиеја (*heliaia*), поротни суд који је бројао 6.000 судија из реда грађана старијих од 30 година. Поред ових најважнијих колективних тела, као и других тела нешто мањег значаја, у Атини је постојао и низ магистратура коју су најчешће обављала ужи колективни органи. Највећи број државних чиновника биран је коцком, а само мањи број њих гласањем у еклесији, док је њихов мандат трајао годину дана.[10]

Да би постављени институционални оквир заиста омогућавао потпуно остварење демократског идејног концепта, било је потребно донети још неколико значајних политичких одлука које ће коначно уобличити демократски поредак у Атини. Прва је била давање права припадницима свих имовинских класа, дакле и најсиромашнијима, да обављају важне политичке функције. Раније се обављање тих функција, тј. служење полису, сматрало чашћу и обавезом која је припадала само богатијима. Такође, за време Перикловог вођства уводе се новчане надокнаде за обављање већине политичких функција, што је демосу широм отворило врата активног политичког ангажовања. Коначно, на Периклов предлог донет је закон о грађанским правима којим је прописано да се атинским грађанима сматрају само они чија

[8] Вид. Хамфри Д. Ф. Кито, *Грци*, превео Веселин Костић, Просвета, Београд 2008, 138 140.

[9] И. Јордовић, 293.

[10] О питању до које мере је постојала подела власти између та три главна колективна тела, вид. детаљније Сима Аврамовић, „Елементи правне државе и индивидуална права у Атини“, *Правна држава у антици pro et contra* (ур. Сима Аврамовић), Центар за публикације Правног факултета, Београд 1998, 11и даље.

су оба родитеља Атињани.[11] Иако овакав закон са данашње тачке гледишта многи аутори критикују као недовољно демократски, јасно разграничење између пуноправних Атињана и осталих створило је осећај колективног идентитета и допринело јачању заједништва код демоса у чијим рукама је почивала политичка власт.[12] На тај начин обични грађани су престали да буду само они над којима се врши власт, већ су истовремено и сами почели вршити власт, пре свега непосредним учешћем у доношењу најзначајнијих политичких одлука.

3. ЈЕДНАКОСТ И СЛОБОДА У АТИНСКОЈ ДЕМОКРАТИЈИ

Слободу и једнакост су Атињани сматрали основним темељима њихове демократије, не само у време Перикла, већ и у време кризе грчког полиса током IV века пре Хр.[13] Та два нераздвојна принципа су у највећој мери обликовала политички идентитет атинског полиса, тако да се и данас сматрају његовим главним обележјима.[14] Потврду за овакав став могуће је пронаћи у чињеници да су и неки други значајни полиси имали институције које су у великој мери личиле на атинске, али да је њихов политички идентитет био битно различит у односу на политички идентитет Атине.[15]

У новој политичкој слици атинског полиса насталој за време Перикловe владе, дошло је до коренитих промена неких традиционалних схватања. Конкретно, развој демократских институција непосредно је утицао на трансформацију појма политичке једнакости. За разлику од аристократских и олигархијских поредака у којима је првобитно настао и где је заступан као концепт сразмерне, тј. геометријске једнакости, у демократији је он промењен у концепт аритметичке једнакости. Према првом схватању, свакоме треба дати онолико права колико му по природи припада, јер нису сви исти – неки су богатији, племенитији, способнији. Према демократском схватању, једнакост подразумева иста политичка права за све грађане полиса, без обзира на њихово порекло, имовинско стање, образовање

[11] Вид. Alan Boegehold, „'Preikles' Citizenship Law 451/0 B.C.“, *Athenian Iden tity and Civic Ideology* (eds. Alan Boegehold and Adele Scafuro), The Johns Hopkins University Press, Baltimore London 1994, 57 и даље.

[12] Вид. И. Јордовић, 280 281.

[13] Аристотел, *Политика*, 1317б, превела Љиљана Станојевић Црепајац, БИГЗ, Београд 1984.

[14] Тако Хансен констатује да су основни идеали атинског демократског дру штва у ствари само два слобода и једнакост. Mogens H. Hansen, The Athenian De mocracy in the Age of Demosthenes, Blackwell, Oxford 1991, 74. Вид. и С. Аврамовић (1998), 27.

[15] *Ibid.*, 13.

и др.[16] Аристотел, иначе несклон демократији, дефинише како се у демократији право заснивано у једнакости, али да та једнакост није према вредности него према бројној надмоћи.[17] Заправо, концепт аритметичке једнакости произлази из појма *исономије* (*isonomia*) који се одређује као једнакост у политичким правима, јер су свим „пуноправним грађанима гарантована једнака политичка права, активна и пасивна, независно од имовинског стања или других квалификација“.[18] С друге стране, у историјској науци неподељено је мишљење да је појам *исономија* строго политички концепт и да није имао утицаја у сфери економске моћи,[19] тј. да се тим начелом никада није захтевало имовинско изједначавање грађана.

Иако се са данашње тачке гледишта појам *исономије* у сваком смислу може учинити базичним, за саме Атињане једно друго начело је било још важнији а то је *исегорија* (*isegoria*) – право говора на заседањима народне скупштине. Њиме је сваком слободном грађанину гарантовано право обраћања народној скупштини.[20] Њена посебна одлика било је и право да се некажњено може говорити шта се жели, уколико се тиме не вређа други појединац и јавни поредак (*parrhesia*).[21] У основи ових главних појмова налазио се општији појам слободе (*eleutheria*). Сами Грци су идеју слободе сматрали главном карактеристиком демократије.[22] Идеја слободе била је вишеслојна и није се исцрпљивала само у принципу политичке једнакости или у праву обраћања народној скупштини. Хансен, ослањајући се првенствено на Аристотела, одређује два аспекта идеје слободе: „политичка слобода учествовања у оквиру демократских институција и лична слобода да свако живи како хоће.“[23] Први аспект је, поред права на партиципацију у политичком одлучивању, подразумевао, што је једнако важно, и слободу грађана да се уздрже од јавног изношења личног мишљења или исказивања става у окви-

[16] Kurt A. Raaflaub, „Democracy, Oligarchy, and the Concept of the ‘Free Citizen’ in Late Fifth Century Athens“, *Political Theory*, Vol. 11, No. 4, 1983, 518 520.

[17] Аристотел, *ibid*.

[18] С. Аврамовић (1998), 23.

[19] H. Hansen (1991), 81.

[20] J. D. Lewis, „Isegoria at Athens: When Did It Begin“, *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte*, Bd. 20, 1971, 129 и даље. S. Todd, *The Shape of Athenian Law*, Oxford 1995, 312 сматра да *isegoria* није представљала „слободу говора“, већ „једнакост говора“.

[21] Robert W. Wallace, „The Power to Speak and not to listen in Ancient Ath ens“, *Free Speech in Classical Antiquity* (ed. Ineke Sluiter, Ralph Mark Rosen), Leiden 2004, 222 3.

[22] Аристотел то сасвим јасно каже: „Основни принцип демократског државног уређења јесте слобода.“, *ibid*.

[23] H. Hansen (1991), 74.

ру политичких институција. Ово последње, између осталог, гарантовано је тајношћу гласања приликом остракизма, што је свакако било најосетљивије политичко питање, као и правом да се не узме учешће у скупштинском одлучивању ако се то не жели. [24] Други аспект, тј. схватање да сваки грађанин ужива слободу од угњетавања и туђег мешања у личну сферу, био је исто тако важан, ако не и важнији од првог. То потврђују и Периклове речи у чувеној беседи палим Атињанима: „Али не само да смо толерантни у јавном животу, него смо такви и у погледу сумњичавости у нашим међусобним односима у свакодневном животу; јер, ми се не љутимо на свога ближњега ако нешто учини из свог личног задовољства и не гледамо га због тога попреко, што, додуше, никоме не шкоди, али није пријатно за око.“[25] Идеја слободе је, дакле, била основно начело демократске Атине. Она је прожимала како јавну, тако и приватну сферу. Слобода је Атињане чинила грађанима у правом смислу речи – с једне стране они су били политички активни субјекти, заинтересовани за ствари од општег значаја на које су својим политичким активностима могли директно да утичу, док им је с друге стране слобода гарантовала неповредивост приватног живота.

4. АТИНСКИ АКРОПОЉ У ДЕМОКРАТСКОМ ИДЕЈНОМ КОНТЕКСТУ

Још од хомерског доба центар племенског живота код Грка био је полис. Град-држава, како се термин полис уобичајено мада сасвим условно преводи, представљао је основни облик друштвено-политичког организовања и најтипичнији је елемент живота античких Грка. У одређеној форми био је присутан још од критско-микенског периода. Једно племе или савез племена обично су формирали своју насеобину – град на стратешки погодном месту, а ако је било могуће, најчешће близу морске обале. Полис као заједница саплеменика по правилу има свој централни, узвишени део – акро-

[24] Вид. И. Јордовић, 306 307.

[25] Тукидид, *Пелопонески рат*, II 37, превела Душанка Обрадовић, Admiral Books, Београд 2010. Анализирајући Периклову посмртну беседу, прецизније његове речи: „Међутим, док у нашим приватним односима нема никакве присиле, у јавном животу најчешће не кршимо утврђени поредак“, Валас примећује како је њима тачно описана граница између понашања које би било предмет јавног кажњавања и понашања које није забрањено „Атињани су кажњавали само оне који би чинили штету полису и који су сматрани јавним непријатељима, док је приватни живот био ствар сваког појединца.“ Robert T. Wallace, „Private Lives and Public Enemies: Free dom of Thought in Classical Athens“, *Athenian Identity and Civic Ideology* (eds. Alan Boegehold and Adele Scafuro), The Johns Hopkins University Press, Baltimore London 1994, 146.

полис, тј. акропољ (*akropolis*), који је заштићен бедемима. У случају опасности то је место где се становништво склањало, а на њему су биле смештене најважније управне и верске грађевине. Народ је живео око акрополиса користећи оближње њиве, пашњаке и шуме, те је полис обухватао и ширу околину с мањим насељима. Сматрало се да полис територијално треба да се простире отприлике онолико колико допире поглед са акрополиса.[26] Поред тога што је полис био привредно самодовољна целина, он је поседовао своје специфичне религијске обичаје, односно култ. То је још један показатељ различитости грчких полиса који су иначе тежили особености, док је акрополис био њен симбол будући да су се на њему као најважнијем делу полиса, налазила светилишта божанства заштитника града.

Архитектонски комплекс атинског Акропоља саграђен је на стеновитом узвишењу чија је позиција заузимала средишњи део античке Атине. Са три стране узвишење је потпуно окомито и само се са западне стране спушта под нешто блажим углом. Зараван на врху узвишења дугачка је око 300 а широка око 150 метара, а како ова површина није равна, тај проблем се решавао грађењем терасастих нивоа. Постоје подаци да је Акропољ био насељен још у III миленијуму пре Хр.[27] што јасно указује да је историја његовеградње изузетно дуга. Она се у основи може поделити на два дела – до персијског разарања и након њега. Овде нас, због истраживања могуће везе архитектуре и политичких идеја, интересује само други период, тј. Перикловo време изградње током друге половине V века, када је Акропољ и добио своје најсјајније обличје.

Како је већ наглашено, Атина је за време Перикловог вођства желела да се наметне као узор свим осталим грчким полисима. За испуњење тог идеала није била довољна само привредна и војна снага, па чак ни сасвим нови облик политичког уређења. Бити први у Хелади и надмашити све остале подразумевало је нешто више, нешто што остали полиси нису могли да достигну. Тај недостајући елемент Перикле је препознао у државној помоћи развоју културе и уметности, чиме би идеја слободе као главни принцип атинске демократије добила своје потпуно заокружење. Спајање духовне и материјалне снаге у Атини подразумевало је стварање симбола који би целој Хелади очевидно показао тај спој. Архитектура се наметнула као најсмисленији избор, јер у себи сједињује оба аспекта, а изградња разрушених грађевина као најбоља прилика за остварење

[26] О територијалној величини грчких полиса вид. Mogens H. Hansen, Thomas H. Neilsen, *An Inventory of Archaic and Classical Polies*, Oxford University Press, Ox ford 2004, 70 72.

[27] Михаил Ростовцев, *Историја старога света*, превеле Милица Михајловић, Нада Ђурчија Продановић, Матица српска, Нови Сад 1990, 30.

постављеног циља. Разумљиво, такав подухват могао је бити изведен само под вођством најбољих људи које Хелада има, а чињеница да су у исто време и на истом месту деловали и стварали Перикле као њен највећи државник, Фидија као њен највећи уметник, Иктинус, Мнесиклес и Каликратес као њене најспособније архитекте је изгледа још једно у низу „грчких чуда“.[28]

Обнова Акропоља под Периклом није био стихијски подухват.[29] Уређење целог простора који је после Персијанаца остао у рушевинама, замишљено је тако да се прикаже узвишено место Атине у грчком свету. То значи да је пројектовани архитектонски комплекс у исто време морао да оваплоти идеју слободе као главну идеју атинске демократије, идеју хуманизма као суштинску идеју новог времена и, коначно, снагу и полет Атине као предводнице целе Хеладе. Овај амбициозни подухват требало је остварити тако да се засени све оно што је грчка рука дотле створила и да се достигне естетски идеал коме су Грци стално тежили.[30] Другим речима, Акропољ није замишљен само као прост скуп неколико великих и низа мањих грађевина, већ као складна целина, која рефлектује нешто више од самог естетског и архитектонског утиска.

Чини се да највећа естетска вредност Акропоља лежи у његовој хармонији, у необично складном односу архитектонских објеката који га чине. У архитектури, као и у музици, хармонија се постиже спајањем различитих делова у једну складну целину, тј. композицију. Акропољска архитектонска композиција је изузетно лагана и питка, јасно дефинисана, лако разумљива и приступачна. С друге стране, она је озбиљна и достојанствена, те поред непосредног естетског задовољства изазива осећај дубоког поштовања. Пажњу посматрача посебно привлачи начин на који је постигнута хармонија између раз-

---

28 „Грчко чудо“ је израз којим се углавном означава период од VI до IV века пре Хр. када су Грци у огромном броју подручја постигли невероватна достигнућа. Описујући овај израз Замаровски каже да су Грци били „пионири на путевима европске историје и сами су пред собом морали да крче дотад непроходне џунгле, тамо где су други затекли широке и равне путеве. Суочили су се са питањима на која су први морали да дају одговоре, без могућности да потраже ослонац у претходном историјском искуству. [...] До својих открића и до првенства на бројним подручјима, као и до свега онога што су постигли, Грци су доспели улажући велике напоре. У многим случајевима, они су морали да се изборе с оружјем у руци. Чудо је за нас управо начин на који су све то постигли, као и чињеница да су то уопште постигли.“ В. Замаровски, 7. Неки аутори сматрају да је главни елемент „грчког чуда“ непоновљивост, тј. да је само једном постојало и да се више неће поновити. Пјер Видал Наке, *Грчка демокрација у хисторији*, превео Франо Цетинић, Градац, Чачак Београд 2003, 194.

29 T. B. L. Webster, *Everyday Life in Classical Athens*, B. T. Batsford G. P. Put nam's Sons, London New York 1969, 135 и даље.

30 Х. Кито, *ibid*., 202.

личитих архитектонских форми. Може се наслутити да је приликом пројектовања Акропоља главна идеја водиља била иста она идеја која се налазила у срцу атинске демократије – идеја слободе. Изузетна хармоничност целе композиције остварена је слободним решавањем простора, као и слободним мешањем различитих архитектонских стилова. Ако се такав приступ упореди са нпр. египатском или римском архитектуром, уочљиво је одсуство строгих односа између мањих архитектонских целина. Ниједна грађевина на Акропољу није у симетричном односу с другом, док је асиметрија присутна и на појединачним објектима. Основни разлог због чега цео акропољски комплекс одише таквим складом јесте у слободи његовог планирања, у савршеном уклапању несавршених делова, као што се у демократском полису, под окриљем слободе, разнородне индивидуалне идеје уклапају у хармонију друштвене целине.

Поред слободног решавања простора, архитектуру Акропоља једнако карактерише слободно мешање два архитектонска стила – дорског и јонског, као што се у самом политичком животу полиса сусрећу и живе у сагласју прости и образовани, сиромашни и богати, крути и лепршави, рационални и сањалице. Споља посматрано преовлађује дорски стил, док је јонски више заступљен у унутрашњости грађевина. Може се основано претпоставити да се кључни разлог за овакву одлуку приликом пројектовања акропољског комплекса налази у тадашњој идеологији демократског атинског полиса. Атина је желела да буде узор и светионик свим Хеленима, не само онима који су дорског или само онима који су јонског порекла.[31] О томе сведоче и Периклове речи: „У суштини, наш град је културна жижа целе Грчке“.[32]

Ипак, преовлађивање дорског стила у спољашњем изразу акропољског комплекса, поготово на Партенону као централној и најважнијој грађевини, изазива одређене нејасноће. Зашто су се Атињани који су јонског порекла у толикој мери одлучили за дорски стил. Могућа су неколика објашњења. Прво објашњење се налази у географском положају Атине. Полуострво Атика лежи у средишњем делу Старе Грчке, на приближно једнакој удаљености од малоазијских грчких полиса на истоку и Велике Грчке на западу. Читаво средишње подручје било је углавном насељено Грцима дорског порекла, а приликом градње скоро искључиво се користио дорски стил. Атињани

[31] Простор Старе Грчке су у неколико таласа населила четири племена блиског порекла. Први су са севера продрли Ахајци који су доцније углавном асимиловани. За њима су дошли Јонци и Еолци, а насељавање грчког простора су завршили Дорци. Условно узев, два највећа грчка етничка ентитета били су Дорци и Јонци. Вид. Џорџ Форест, „Грчка историја архајског раздобља“, у: *Оксфордска историја Грчке и Хеленистичког света*, Clio, Београд 1999, 14 и даље.

[32] Тукидид II.

су били једини Јонци у том делу, док су њихови јонски саплеменици населили обале Мале Азије где је, разумљиво, преовлађивао јонски стил градње.[33] Одлука да спољашњи израз Акропоља у већој мери добије обележја дорског стила може се тумачити управо том чињеницом, да се, дакле, стил прилагоди архитектонској традицији подручја на којем се гради. Други и вероватно много важнији разлог лежи у карактеристикама дорског стила. За разлику од јонског чија су главна обележја виткост и богатија орнаментика, дорски стил је једноставнији и монументалнији. Како је цела замисао приликом грађења Акропоља била да се различитости ускладе у савршену целину, тако је монументалност постигнута употребом једноставнијег дорског стила на највећим грађевинама, а раскош коришћењем јонског стила на мањим грађевинама и уређењу унутрашњости.[34] Али, оваква архитектонска логика као да носи и неко дубље значење. Слобода је у основи прост и једноставан, али моћан концепт. Њој нису потребни украси, већ функционалност и ефикасност, снага и моћ хармоничног уређења заједнице.

Једно од главних обележја атинске демократије јесте схватање о слободном грађанину који активно учествује у доношењу одлука од општег интереса. Шире посматрано, тај, могло би се слободно рећи, коперникански обрт спрам целокупног политичког наслеђа, био је само један, мада изузетно значајан израз духа времена који је владао у Атини током V века пре Хр. Ослобођење човековог духа јасно је видљиво у развоју практичке филозофије која се сасвим удаљила од некадашњих филозофских схватања и поимања света, у уметничким формама које престају да робују старим правилима, у променама човековог односа према дотадашњим религијским схватањима.[35] Огромна духовна енергија која је експлодирала у тадашњој Атини, дозволила је човеку да искорачи из митолошког и митопоетског доживљаја и објашњавања света. Речју, први пут од када постоји, човек је постао центар света који га окружује.

Као да је иста та енергија и замисао обликовала атински Акропољ. Димензије акропољских грађевина на својеврстан начин сведоче о томе. Оне свакако нису занемарљиве, али нису ни претеране. За разлику од најтврђих аутократских поредака какве су биле источњачке деспотије, у демократији је човек престао да буде поданик – занемарљиви делић масе над којом се врши власт и постао је грађанин – активни политички чинилац. Због тога се и разликују

[33] Reginald Blomfield, „Architecture“, *The Legacy of Greece* (ed. R. W. Living stone), Oxford University Press, London Oxford 1969, 406 и даље. Ан Мари Битен, *Стара Грчка*, превео Бојан Савић Остојић, Clio, Београд 2010, 184 185.

[34] R. Blomfield, *ibid.*

[35] W. T. Stace, *A Critical History of Greek Philosophy*, The Macmillan Press, Lon don 1972, 107.

архитектонска дела настала на Истоку и у Атини. Димензије египатских пирамида или храмова у Луксору су огромне. Пред њима се поданик осећао као зрнце пустињског песка, што је и њихова основна сврха – да код посматрача изазову осећај страхопоштовања како према божанству коме је храм посвећен, тако и према владару који је божанство на земљи. Уосталом, као и знатно касније, у многим католичким катедралама. Пред складним димензијама Акропоља, Атињани се нису могли тако осећати. Они нису страхопоштовали власт јер су били њен део, а нису се плашили ни божанстава јер су свет разумевали и ван религијских оквира. Акропољ зато није требало да застрашује својим димензијама, већ да плени својом лепотом, лепотом слободе. Он је био кућа богиње Атине, заштитнице града, од које се Атињани нису плашили, већ су је волели и поштовали, као што се воли и чува слобода. Она их је својом мудрошћу водила, а својим штитом и копљем бранила. У њену славу организована су спортска надметања, певане песме и извођена драмска дела. За разлику од богова с Истока, она је била богиња која штити радост живота. Пред Акропољем као њеним храмом, Атињани нису стајали дрхтавих колена, већ пуног срца и уздигнутог чела. Акропољ је био симбол и слика свих њихових најважнијих друштвених ослонаца, међу којима је једно од најистакнутијих места имала и слобода.

Димензије акропољских грађевина, као и њихов број, нису биле одређене само схватањем државне власти и религије, већ и поменутом жељом градитеља да се постигне савршени склад. Површина на врху окомитог узвишења дозвољавала је градњу и већих објеката. Но хармонија којој се тежило, попут друштвене хармоније, није подразумевала само међусобно уклапање архитектонских целина, већ и њихово уклапање са непосредном околином. Узвишење на којем се акропољске грађевине налазе зато не изгледа као да је оптерећено њима, као да носи претежак терет, већ они скупа заједно чине једну органску целину. Такође, акропољски комплекс није био претрпан. На тај начин остављен је слободан простор између грађевина који допушта да се свака од њих прикаже у свом пуном светлу, као што се у политичком животу сваком грађанину оставља довољно простора за испољавање сопствене индивидуалности.[36]

[36] Сасвим супротан пример пружа однос између две врло значајне грађевине у Београду које се налазе у непосредној близини Правног факултета. Црква св. Марка, једна од највећих и најлепших београдских цркава, већим делом је заклоњена доцније подигнутом зградом Главне поште, која је својом тешком спољашњом декорацијом и позицијом, потпуно онемогућила да архитектонска вредност цркве дође до свог изражаја.

5. ПОЈЕДИНИ СЕГМЕНТИ АКРОПОЉСКОГ КОМПЛЕКСА

Најзначајније грађевине које чине Акропољ као да рефлектују друштвену шароликост. Редослед представљања неће бити хронолошки, нити ће бити усклађен према величини или значају грађевина, већ ће следити просторни распоред грађевина на Акропољу, јер се може наслутити да се и у самом распореду огледало нешто од карактеристика друштвеног и политичког живота. Једна замишљена шетња Светим путем – главном стазом која води кроз акропољски комплекс и путем[37] куда се некада кретала панатенејска поворка[38] – можда може осликати дубљи значај најважнијих грађевина у акропољској архитектонској композицији.

Прва грађевина до које се стиже Светим путем је храм Атине Нике. Саграђен је на избочини са западне стране акропољске узвишице и визуелно одаје утисак као да лебди испред осталих објеката. Тај мали храм с десне стране пута је на неки начин „лична карта" атинског полиса. Као први храм на који се наилази приликом пењања на Акропољ, он даје неколико основних података о Атињанима тадашњег времена. По димензијама ради се о веома скромном храму, али такође о најлепшем примеру јонске архитектуре V века пре Хр. Његов стил јасно указује на јонско порекло Атињана, док његове димензије и склад сведоче о њиховој тежњи ка мери и лепоти, а не ка грандиозности и мегаломанији. Храм Атине Нике је прави пример храма тетрастила, што значи да се у прочељу, као и у задњем делу налазе по четири јонска стуба. Као да треба да симболизују четири главна ослонца атинске демократије – слободу, једнакост, исономију и исегорију. То су улазнице за атинску демократију. Храм је посвећен Атини Победници, вољеној богињи Атињана. Посебан

[37] Вид. T. Webster, 54 55.

[38] Панатенејска поворка била је свечана процесија којом су окончаване Велике панатенејске игре организоване сваке четврте године. Поворку су чинили сви слојеви атинског друштва мушкарци и жене, богати и сиромашни грађани, старци и омладина, метеци, а поред њих у поворци су се кретале и жртвене животиње. Са обе стране Светог пута поворку је посматрао велики број окупљених Атињана и странаца. Процесија се завршавала чином предаје пеплоса (дуге вунене тунике) Атининој свештеници која га је остављала подно статуе Атине Партенос. Панатенејска поворка која је представљала најважнији део Панатенејских игара, симболизовала је снагу и јединство атинског полиса као и посвећеност Атињана својој богињи заштитници. О значају поворке сведочи и то да ју је Фидија узео као главни мотив приликом израде фриза на Партенону плитког рељефа који окружује главни део грађевине. Вид. Judith Barringer, „Alkamenes' Prokne and Itys in Context", *Periklean Athens and Its Legacy: Problems and Perspectives* (eds. Judith Barringer, Jef frey Hurwit), University of Texas Press, Austin 2005, 169 173. Ian Jenkins, „The Par thenon Frieze and Perikles' Cavalry of a Thousand", *Periklean Athens and Its Legacy: Problems and Perspectives* (eds. Judith Barringer, Jeffrey Hurwit), University of Texas Press, Austin 2005, 148 и даље.

однос Атињана према богињи заштитници види се у томе да је Атина Нике била приказана без крила, што је одвајкада био њен пратећи симбол. Као разлог за такву одлуку Атињани су наводили бојазан да би крилата богиња могла да одлети и напусти град чиме би их лишила ратне среће и победа. Због тога је Нике у атинском полису носила надимак Аптерос (*Apteros*) – Бескрилна Победница. Исто тако су слободу Атињани љубоморно чували и на њу мотрили, она није смела бити вређана нити било када напустити полис. Полис су напуштали они који би њу угрозили.

Пут даље води ка Пропилејима, величанственом улазу достојном Акропоља. Пропилеји су подигнути на западној и јединој приступачној страни акропољског узвишења. Стилски посматрано, Пропилеји су подређени Партенону као главној грађевини, те је озбиљност грађевине споља изражена дорским стилом, док је унутрашњост уређена у јонском. Овакву комбинацију стилова у извесној мери диктирали су и неки практични разлози – код дорских стубова размера између дебљине и висине стуба је знатно мања него код јонских, па је постављањем два реда јонских стубова у унутрашњости створен шири простор чиме је омогућено лакше кретање посетилаца.[39] У прочељу Пропилеја стоји шест стубова, док Свети пут у равномерном успону без степеница пролази тачно кроз средину, између трећег и четвртог стуба. Са леве и десне стране пута изграђене су степенице, тако да је у склопу Пропилеја било укупно пет улаза. То је целој грађевини дало име Пропилеји (*Propylaia*) – пред капијама. Пропилеји ниси били симетрични – део грађевине с десне стране био је мањи у односу на леву страну, тако да су на одређени начин Пропилеји одражавали различитост и разноликост атинског друштва.

Пошто се прође кроз Пропилеје, пружа се поглед на најлепшу и најзначајнију грађевину античког доба – Партенон.[40] То је централни храм читавог Акропоља који је посвећен девичанској Атини, тј. Атини Партенос (*Athena Parthenos*), по чијем надимку је и сам добио име. Додуше у оно доба није носио то име, јер су га Атињани називали једноставно Храм, као што су Хомера називали Песник, а свој друштвено-политички систем *politeia.* Унутар Партенона била је смештена Фидијина статуа Атине Партенос, вероватно најскупља статуа Старе Грчке,[41] као што је у срцу атинске политеје лежала

[39] Бранко Гавела, *Историја уметности античке Грчке*, Научна КМД, Београд 2002, 190.

[40] Да је реч о најлепшој грађевини класичног доба на особен начин потврђује и чињеница да је прочеље Партенона послужило као инспирација за дизајнирање званичног лога UNESCO, Организације уједињених нација за образовање, науку и културу.

[41] Фидија је за обликовање златних делова статуе утрошио 1150 килограма злата.

демократија. Величина и значај те статуе, која је према плану требало да заузме место унутар Партенона, у приличној мери су одредили његов коначни изглед, као што демократија одређује изглед политеје.

С естетске стране требало је ускладити два непомирљива захтева. Током планирања изградње одлучено је да се монументалност храма изрази дорским стилом, а да унутар грађевине, у задњој просторији буде смештена статуа Атине Партенос чије је величина била импозантна – са постаментом статуа била је висока читавих дванаест метара.[42] Дорски архитектонски канон налаже да се у прочељу храма налази шест стубова, чиме се ограничава ширина целе грађевине, што значи да унутар ње не би било довољно простора за адекватно смештање статуе. Једноставно, Атина Партенос би изгледала као да је смештена у скучен простор. Између смањивања димензија статуе и кршења старог канона, избор је пао на ово друго. Идеја слободе, тако карактеристична за атинску демократију, и овде је однела превагу, а статуа Атине Партенос, као симбол и темељ атинске демократије, није трпео умањење. Напуштање старих оквира и проналажење нових форми није било обележје само атинског политичког уређења, већ је једно од главних обележја тадашњег духа времена. Због тога су градитељи Партенона одустали од правила о шест стубова у прочељу и проширили га са још два. То не само да је омогућило комотно смештање статуе, већ је целом храму дало достојанственији и складнији изглед. [43]

Преко пута Партенона, на најсветијем делу акропољског тла, саграђен је Ерехтејон. Према митовима, на месту где је подигнут, разрешен је чувени спор између Посејдона и Атине око превласти над Атиком. Такође, ту је био сахрањен Кекроп, први атински краљ, док је краљ Ерехтеј на истом месту нашао смрт од Посејдоновог трозупца.[44] Цео тај простор обавијен је мистиком митова и легенди што као да је утицало на сам изглед храма који је ту подигнут. Ерехтејон се својом јонском женственошћу, мистиком и елеганцијом према дорски мужевном и поносном Партенону налази у веома динамичном, али тако природном односу. О необичности храма сведочи и то да је био посвећен двома божанствима – Атини и Посејдону, што није била уобичајена пракса. Са његове јужне стране налази се познати портик каријатида. Тај мали трем почива на шест женских фигура у чијим су личностима приказане врлине жена из Карије у

---

[42] Бранко Гавела, *Фидија*, Матица српска, Нови Сад 1962, 55 59.

[43] О пропорцијама Партенона вид. Fred S. Kleiner, *Gardner's Art through the Ages: A Concise Western History,* Wadsworth, Boston 2012, 69.

[44] В. Замаровски, 326. Вид. детаљније у: Драгослав Срејовић, Александрина Цермановић, *Речник грчке и римске митологије*, Српска књижевна задруга, ЈП Службени лист СРЈ, Београд 2000, 140 141, 198.

Лаконији, заробљеница атинске војске.[45] Иако су припадале спартанском табору, Атињани су им дали почасно место на Акропољу, без обзира на то што су у периоду када се Ерехтејон градио са Спартанцима били у рату. На тај начин се у Ерехтејону као последње саграђеном важном објекту атинског Акропоља, коначно заокружује идеја стилског, али и духовног синкретизма која је израсла из идеје слободе која је дозвољавала такав приступ. На импресиван начин приказано је јединство тако различитих, а често и сукобљених елемената грчке културе и традиције, а фигуративно сукобљеност, али и усклађеност свих елемената атинског политичког система, чија је највећа вредност долазила до изражаја тек у њиховом споју.

6. ЗАКЉУЧАК

А како изгледа Атина сагледан с Акропоља? Са северне стране је смештена атинска агора, најживље место у граду, где су Атињани обављали своје дневне послове, али где се одвијао и реални политички живот. Атинска агора била је место где се првобитно састајала еклесија, ту се састајало веће буле, ту се и судило. Мало даље, када се погледа на запад, смештено је брдашце Пникс,[46] које је било други дом народне скупштине, онда када је агора постала претесна. Одмах уз јужну падину Акропоља, у њеном подножју, смештено је Дионисово позориште, чији је капацитет био скоро 20.000 места. Ту се кроз драме чувала слобода уметничког изражавања, уз неретке критике актуелних друштвено-политичких догађаја, чиме се неговала једна од најважнијих тековина демократског уређења. Али, када је Пникс био тесан да прими све грађане који би дошли на скупштину, еклесија би заседала у Дионисовом позоришту, а доцније су два годишња заседања редовно у њему одржавана. Тако се политичка слобода и формално спојила с уметничком слободом, с Акропоља се спустила у реални живот, а такав целовити архитектонски комплекс на својеврстан начин је постао огледало атинске демократије. Окружен поменутим институцијама, Акропољ је у сваком смислу представљао главни симбол политичког идентитета атинског полиса.

За разлику од египатске и месопотамске цивилизације које су у архитектури тражиле изразе огромног и величанственог будући да су и у религијским схватању света стављали човека у потпуну зависност од божанских сила, Атињани су своје схватање света изградили на основу хуманизма који човека ставља у центар свих збивања, што

[45] Б. Гавела, *Историја уметности античке Грчке*, 218.

[46] M. Hansen (1991), 128 132.

је њихова архитектонска дела учинило тако човекомерним. Хуманистичко схватање израсло је из идеала слободе, јер само слобода човека може учинити субјектом – индивидуом издвојеном из монолитног колективитета. Идеја слободе која је дефинисала политички идентитет атинског полиса, утичући на све сфере људског стваралаштва, па и на архитектуру. Она је у Атини ослободила неограничену људску радозналост која се не задовољава већ оствареним, него свуда тражи напредак и стално тежи новом, бољем и лепшем.[47] Због тога није случајно да се изградња Акропоља поклапа с временом када је сваки грађанин Атине за себе могао да каже да је слободан човек.

Dr. Miloš Zdravković

Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

POLITICAL IDENTITY OF ATHENS AND ARCHITECTURE OF ACROPOLIS

Summary

In this article author examines relations between Athens political identity and architecture of Acropolis. He makes parallels among flourishing of Athens democracy during Pericles' golden age and the building of the most significant architectural complex in Old Greece. His basic thesis is that the concept of freedom shaped the democratic system in Athens and thus its political identity, but at the same time exerted a direct influence in all spheres of human creativity. The power of the idea of freedom is especially visible in the Acropolis architectural complex where the idea fused with the economic potential of ancient Athens has created the most beautiful simbol of democracy and one of the greatest architectural masterpiece in whole human history.

Key words: *Athens democracy. – Pericles. – Idea of freedom. – Acropolis*.

[47] Вид. R. Blomfield, 424.

УДК 341.94:341.241.8

Марко Јовановић, LL.M.*

ПРИМЕНА КОНВЕНЦИЈЕ УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА О УГОВОРИМА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ КАДА ПРАВИЛА МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА УПУТЕ НА ПРИМЕНУ ПРАВА ДРЖАВЕ-УГОВОРНИЦЕ

У раду се разматра проблематика примене Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе на основу њеног члана 1(1)(б). У том смислу, аутор анализира правну природу ове одредбе, приказује услове за њену примену и објашњава релевантност различитих правила међународног приватног права за примену Конвенције. Нарочита пажња је посвећена домашају резерве на примену конвенције садржаној у члану 95.

Аутор износи аргументе против широко прихваћеног схватања члана 1(1)(б) као колизионе норме, указује да је члан 1(1)(б) подобан за примену и у судском и у арбитражном поступку решавања спорова из уговора о међународној продаји робе и објашњава значај правила о квалиифкацији и узвраћању и преупућивању за примену Конвенције. У погледу дејства резерве из члана 95, аутор сматра да је од пресудног значаја за примену Конвенције став према резерви државе чије право меродавно, а не државе форума.

Кључне речи: *Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе. Члан 1(1)(б). Члан 95. Колизионе норме за уговоре о међународној продаји робе.*

1. УВОД

Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (у даљем тексту: Бечка конвенција или Конвенција) је током нешто више од четврт века своје примене[1] стекла репутацију

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *marko.jovanovic@ius.bg.ac.rs*

[1] Конвенција је усвојена на дипломатској конференцији у Бечу 11. априла 1980, а ступила је на снагу 1. јануара 1988. када је испуњен услов предвиђен чланом

„најзначајнијег међународног извора материјалног уговорног права“,[2] постала „lingua franca међународне продаје робе“[3] и својом широком прихваћеношћу[4] остварила „успех на светском нивоу какав су сви желели али нико није могао у потпуности да замисли“.[5] Овај успех Конвенција дугује не само својим савременим и трговинској пракси прилагођеним материјалним правилима међународне продаје робе, већ и одредбама о територијалном пољу своје примене. Наиме, одредбе о територијалној примени Бечке конвенције значајно су упрошћене у односу на сродне одредбе међународних аката који су јој непосредно претходили – Једнообразном закону о међународној продаји робе (енг. *Uniform Law for the International Sale of Goods*) и Једнообразном закону о закључењу уговора о међународној продаји робе (енг. *Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*).[6]

Територијално поље примене Бечке конвенције уређено је њеним чланом 1(1), који садржи два правила. Примарно правило предвиђа да ће се Конвенција примењивати на уговоре о продаји робе закључене између страна које имају своја места пословања на територијама различитих држава, када су те државе уговорнице Конвенције.[7] Ово је случај тзв. „аутоматске“ или „директне“ при-

99(1) Конвенције према коме је предвиђено да ће овај акт ступити на снагу првог дана идућег месеца по истеку дванаестомесечног рока од дана депоновања десетог инструмента ратификације, прихватања, одобравања или приступања. Прве државе које су ратификовале Конвенцију и омогућиле њено ступање на снагу биле су (хронолошким редом): Лесото, Француска, Сирија, Египат, Мађарска, Аргентина, СФРЈ, Замбија, Кина, Италија и САД.

2 Joseph Lookofsky, „The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *International Encyclopaedia of Laws Contracts* (eds. Jacques Herbots, Roger Blanpain), Kluwer Law International, The Hague 2000, 18.

3 Peter Schlechtriem, „Basic Structures and General Concepts of the CISG as Models for a Harmonisation of the Law of Obligations“, *Juridica International* vol. 10/2005, 34.

4 На дан 20. фебруара 2014. Конвенција је бројала 80 држава потписница, међу којима су неке од највећих трговачких сила, попут Кине, САД, Јапана, Немачке, Русије, Бразила. Ажурирани подаци о статусу Конвенције доступни су на: *http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral texts/sale goods/1980CISG status.html*.

5 Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, „The CISG Successes and Pitfalls“, *American Journal of Comparative Law* vol. 57/2009, 457 458.

6 Детаљније о поређењу одредаба о територијалној примени Бечке конвенције и хашких Једнообразних закона вид. László Réczei, „Area of Operation of the International Sales Conventions“, *American Journal of Comparative Law* vol. 29/1981, 513 522; Erik Jayme, „Article 1“, *Commentary on the International Sales Law* (eds. Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell), Giuffrè, Milan 1987, 28 29; Kevin Bell, „The Sphere of Application of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *Pace International Law Review* vol. 8/1996, 241 244; P. Schlechtriem, 28.

7 Члан 1(1)(а) Конвенције.

мене Бечке конвенције.[8] Како би се територијално поље примене Конвенције додатно проширило, што је нарочито било важно у време када је овај акт бројао мало држава-потписница, уз наведено основно правило предвиђена је још једна, супсидијарна могућност за примену Конвенције чак и уколико државе места пословања купца и продавца нису њене уговорнице. Наиме, према члану 1(1)(б), „Конвенција се примењује на уговоре о продаји робе закључене између страна које имају своја места пословања на територијама различитих држава, када правила међународног приватног права упућују на примену права државе-уговорнице".

Колико год ова одредба на прво читање изгледала јасно и једноставно, такав закључак био би само привидан. Напротив, пре се може рећи да члан 1(1)(б) Бечке конвенције потврђује мисао Анатола Франса за кога је свака једноставност заправо само сложеност која се добро прерушила. Сложеност члана 1(1)(б) произлази из околности да је за његову исправну примену потребно добро сналажење у „лавиринту правила међународног приватног права",[9] али и из специфичности (и недоречености) дејства резерве у погледу примене Конвенције садржане у њеном члану 95.

За објашњење примене Бечке конвенције на основу члана 1(1)(б) потребно је најпре утврдити правну природу ове одредбе (2), затим услове за њену примену (3), утврдити шта се подразумева под појмом „правила међународног приватног права" на која се ова одредба позива (4) и анализирати дејство резерве из члана 95 Конвенције (5).

2. ПРАВНА ПРИРОДА ЧЛАНА 1(1) КОНВЕНЦИЈЕ

Одређење правне природе члана 1(1) Бечке конвенције изазвало је доста спорења у правнонаучној литератури.[10] Нарочито широко је прихваћено, и то поготово међу немачким ауторима, гледиште да члан 1(1) Бечке конвенције представља једнострану колизиону норму.[11] Чини нам се, међутим, да оваква квалификација правне природе члана 1(1) заслужује да буде критички преиспитана.

8 Loukas Mistelis, „Article 1", *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary*, (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), Beck Hart Nomos, München 2011, 35.

9 Diego Ricardo Galán Barrera, „El ámbito de aplicación en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", *http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/galanbarrera.html*, фн. 26.

10 За преглед различитих теоретских гледишта о овом питању вид. Carolina Saf, *A Study of the Interplay between the Conventions Governing International Contracts of Sale*, докторска дисертација 1999, пар. 2.1.

11 Вид. у том смислу: E. Jayme, 28; Peter Schlechtriem, „Introduction to Articles 1 6", *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*,

Да би се одговорило на питање да ли члан 1(1) представља једнострану колизиону норму, потребно је најпре утврдити шта се подразумева под појмом колизионе норме. У смислу међународног приватног права, колизиона норма представља правило којим се одређује меродавно право за одређени приватноправни однос са елементом иностраности. Под меродавним правом се по правилу подразумева неки национални правни систем, што даље указује да је сврха колизионе норме решавање територијалног сукоба закона између права различитих држава, односно различитих правних система.[12]

Ако се појам колизионе норме схвати на изложени начин, намеће се закључак да члан 1(1) Бечке конвенције нема ни одлике ни сврху једностране колизионе норме, и то из неколико разлога.

Прво, ако би члан 1(1) Конвенције био једнострана колизиона норма, то би значило да њену правну категорију представљају, речима члана 1, „(...) уговори о продаји робе закључени између страна које имају своја места пословања на територијама различитих држава (...)“. То би даље имплицирало да Конвенција представља целовит и свеобухватан правни систем који се примењује на *сва* питања уговора о међународној продаји робе, јер њена правна категорија не садржи никаква ограничења у том смислу. Чини се да се овај став не може прихватити, јер су одређена питања уговора о међународној

(eds. Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer), Oxford University Press, Oxford 2005^{2}, 16; Peter Schlechtriem, „Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG“, *Victoria University of Wellington Law Review* бр. 4/2005, 784; Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, „Introduction to Articles 1 6“, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, (ed. Ingeborg Schwenzer), Oxford University Press, Oxford 2010^{3}, 20. Нарочито је занимљиво гледиште професора Ми стелиса који сматра да члан 1 Конвенције представља „(...) једнострану колизиону норму која одређује поље примене Конвенције и у исто време има предност у погле ду прибегавања правилима о решавању сукоба закона у највећој могућој мери“ (L. Mistelis, 22). Остављајући по страни контрадикторност овог исказа (јер ако је члан 1 заиста колизиона норма тј. правило о решавању сукоба закона, онда већ и сама њена примена представља прибегавање правилима о решавању сукоба, па део исказа о предности члана 1 над прибегавањем правилима о решавању сукоба закона логички не стоји), примећујемо да професор Мистелис, иако на први начелно дели владајуће мишљење немачке доктрине, ипак допушта могућност да члан 1 Конвенције има и другачију функцију функцију одређења поља примене Бечке конвенције.

[12] Упор. Милан Пак, *Међународно приватно право*, Научна књига, Београд 1986, 545 546; Гашо Кнежевић, *Меродавно право за трговачки уговор о међународној продаји робе*, Институт за упоредно право, Београд 1989, 11; Pierre Mayer, Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, Paris 2007^{9}, 83 84; James Fawcett, Janeen M. Carruthers, *Cheshire, North & Fawcett on Private International Law*, Oxford University Press, Oxford 2008^{14}, 8; Александар Јакшић, *Међународно приватно право*, Diagonale, Београд 2008, 225 226; Krešimir Sajko, *Međunarodno privatno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2009^{V}, 85; Маја Станивуковић, Мирко Живковић, *Међународно приватно право опшши део*, Службени гласник, Београд 2010^{4}, 237; Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012^{14}, 87 89.

продаји робе, попут уговорне способности и других услова пуноважности уговора, његовог транслативног дејства, одговорности продавца за смрт или телесну повреду узроковану робом која је предмет продаје, експлицитно искључена из Конвенције и на њих се примењује иначе меродавно (национално) право.[13] Поборници гледишта о колизионој природи члана 1(1) Бечке конвенције могли би да истакну противаргумент да је правна категорија заједнички одређена чл. 1, 4 и 5 Конвенције. Међутим, чини нам се да такав својеврсни категоријални *dépeçage*, осим што би, колико нам је познато, био јединствен у упоредној међународно-приватноправној номотехници, не би имао ни формални ни суштински *raison d'être*. Према томе, сматрамо да формална, правно-техничка анализа структуре члана 1(1) у контексту предмета регулисања Бечке конвенције говори против схватања ове одредбе као колизионе норме.

Друго, сама Конвенција не претендује да буде неки посебан наднационални или паранационални изоловани систем правила, већ има амбицију да се примењује као део националног права држава које су је ратификовале[14] па, сходно томе, не може сама за себе представљати меродавно *право* у смислу у коме би нека колизиона норма упућивала искључиво на њену примену.[15] Сама Конвенција упућује на супсидијарну примену националног права на питања међународне продаје робе која изричито не уређује и која се не могу решити на основу општих начела на којима се Конвенција заснива,[16] што указује на намеру њених твораца да се овај акт у неопходним случајевима примењује *у садејству* са меродавним националним правом, а не независно од и мимо њега.

Коначно, члан 1(1) Бечке конвенције нема за сврху да реши *међународни* сукоб закона, што је иначе задатак колизионих норми. Напротив, сврха члана 1(1) Конвенције је да укаже који ће од потенцијално меродавних извора права у држави која је уговорница Бечке конвенције (поред Конвенције на примену могу да претендују извори који уређују национално облигационо/трговинско право, други међународни споразуми...) бити меродаван за уговоре о међународној продаји робе. У том контексту, члан 1(1) Конвенције би у крајњем случају потенцијално могао да се тумачи као унутрашња колизиона норма.[17] Али, такво схватање би, издигнуто на ниво принципа, за по-

[13] Вид. чл. 4 и 5 Конвенције.

[14] Georgios Petrochilos, „Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention", *Revue Hellénique de Droit International* vol. 52/1999, 191 218.

[15] О спорности схватања Бечке конвенције као меродавног права вид. *Ibid.*

[16] Вид. члан 7(2) Конвенције.

17 Такво схватање брани Helen Elysabeth Hartnell, „Rousing the Sleeping Dog: The Validity Exception to the CISG", *Yale Journal of International Law* vol. 18/1993, 11.

следицу имало закључак да свака одредба сваког извора права која одређује поље његове примене у правном систему коме припада заправо представља унутрашњу колизиону норму, што је опет супротно схватању унутрашње колизионе норма као правила које за циљ има решавање сукоба закона између различитих *правних подручја* у држави са нејединственим правним поретком.

Имајући у виду изложене разлоге, чини нам се да не постоје убедљиви аргументи за квалификацију члана 1(1) Бечке конвенције као колизионе норме. Ову норму би једноставно требало посматрати као одредбу која уређује поље примене Конвенције.[18] У таквој оптици, члан 1(1) не дефинише правну категорију за надовезивање, већ само поставља услове за примену Конвенције.

3. УСЛОВИ ЗА ПРИМЕНУ ЧЛАНА 1(1)(Б) КОНВЕНЦИЈЕ

Да би Бечка конвенција могла да буде примењена на основу свог члана 1(1)(б), потребно је да буду испуњена четири основна услова: да је однос који треба уредити уговор о продаји робе, да је та продаја међународна, да барем једна од држава у којој своје место пословања има нека од уговорних страна није држава уговорница Бечке конвенције и да правила међународног приватног права упућују на примену права државе уговорнице Конвенције.

Премда Конвенција не дефинише појам уговора о продаји робе, системским тумачењем њених одредаба изводи се закључак да се под овим појмом подразумева двострано обавезни уговорни однос у коме је основна обавеза једне стране предаја телесне покретне ствари а друге исплата цене.[19] Околност да је продаја одређених врста робе искључена из поља уређења Конвенције њеним чланом 2 није од значаја за примену члана 1(1)(б), јер да би се применио члан 2 Конвенције потребно је најпре да су општи услови за примену члана 1(1)(а) или 1(1)(б) испуњени.

Продаја робе ће бити међународна када купац и продавац имају места пословања у различитим државама. Место пословања као облик у коме мора да се испољи елемент иностраности да би Бечка конвенција била примењива представља концепт који је специфичан

[18] Тако и: Christophe Bernasconi, „The Personal and Territorial Scope of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Article 1)“, *Netherlands International Law Review* vol. 46/1999, 141; J. Lookofsky, 31; Peter Schlechtriem, Claude Witz, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Dalloz, Paris 2008, 5.

[19] L. Mistelis, 28; P. Schlechtriem, C. Witz, 26; Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, „Article 1“, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, (ed. Ingeborg Schwenzer), Oxford University Press, Oxford 2010^3, 31.

за Конвенцију. Иако га користи чак на неколико места,[20] Конвенција нажалост овај појам не дефинише. Ипак, доктрина и пракса су сагласне да појам места пословања подразумева место налажења сталне и стабилне пословне организације, при чему је ирелевантно да ли се такво место поклапа са пребивалиштем физичког, односно регистрованим седиштем правног лица.[21] У том смислу се истиче да би местом пословања могла да се сматра продавчева фабрика уколико он у њој или из ње редовно закључује уговоре о продаји робе док се, са друге стране, местом пословања не би могао сматрати штанд на сајму, јер му недостаје квалитет сталности и стабилности,[22] па чак ни представништво из којег се не воде редовно послови учесника у међународној продаји робе[23]. Такође, за квалификовање продаје као међународне ирелевантно је место налажења робе која је предмет уговора у тренутку његовог закључења или испуњења.[24]

Трећи услов за примену члана 1(1)(б) Бечке конвенције јесте да најмање једна од страна у уговорном односу нема своје седиште у држави која је уговорница Конвенције. Под појмом државе уговорнице подразумева се свака држава у којој се Конвенција примењује по неком од основа предвиђених у чл. 91(2), 91(3), 91(4) и 99(2).[25] Уколико и купац и продавац имају своја места пословања у државама уговорницама, Конвенција ће се примењивати по основу члана 1(1)(а).

Коначно, да би се Конвенција применила по основу члана 1(1)(б), потребно је да правила међународног приватног права упућују

---

20 Вид. чл. 10, 24, 31, 42, 57 и 69 Конвенције.

21 E. Jayme, 30; John Honnold, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law International 1999[3], 33; C. Bernasconi, 145 146; P. Schlechtriem, C. Witz, 12; Amtsgericht Duisburg, 13. април 2000, доступно на веб адреси: *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000413g1.html*; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 24. фебруар 2004, доступно на веб адреси: *http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040224r1.html*; Tribunal Cantonal Jura, 3. новембар 2004, доступно на веб адреси: *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041103s1.html*; Tribunale di Padova, 11. јануар 2005, доступно на веб адреси: *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050111i3.html*; Tribunale di Forli, 11. децембар 2008, доступно не веб адреси: *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081211i3.html*.

22 I. Schwenzer, P. Hachem, „Article 1“..., 37.

23 Oberlandesgericht Stuttgart, 28. фебруар 2000, доступно на веб адреси: *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000228g1.html.*

24 Професор Мистелис тако наводи пример да би се међународном продајом сматрао уговор закључен између немачког продавца пива и швајцарског ланца хотела којим се уговара продаја пива смештеног у продавчевом складишту у Русији московском хотелу који припада швајцарском ланцу. Вид. L. Mistelis, 34.

25 L. Mistelis, 36; P. Schlechtriem, C. Witz, 15; I. Schwenzer, P. Hachem, „Article 1“..., 39.

на примену права државе уговорнице. Пошто ћемо се детаљним тумачењем овог услова бавити у наредном одељку овог рада, на овом месту ћемо само отворити питање ком праву треба да припадају правила међународног приватног права да би била релевантна за примену Бечке конвенције по основу члана 1(1)(б). Треба пре свега приметити да текст члана 1(1)(б) Конвенције не поставља никакве услове у погледу „националне припадности" правила међународног приватног права на која се позива. Сматрамо да је та флексибилност формулације прилагођена околности да спорови из међународних трговинских односа могу да се решавају и пред судовима и пред арбитражама, а ове две врсте форума често имају различит приступ примени правила међународног приватног права. Наиме, судови приликом решавања приватноправних спорова с елементом иностраности по правилу крећу од сопствених колизионих норми, начина њиховог одабира и тумачења. Та правила међународног приватног права могу да буду садржане у чисто унутрашњим изворима права (националним кодификацијама међународног приватног права или другим унутрашњим изворима који уређују ову материју), али и у међународним (нпр. хашка Конвенција о праву меродавном за уговоре о међународној продаји робе из 1955. године) или наднационалним (нпр. Уредба ЕУ бр. 593/2008 о праву меродавном за уговорне обавезе – тзв. Уредба Рим I) изворима. Са друге стране, арбитраже одређују меродавно материјално право на начин предвиђен релевантним институционалним правилником или законом који уређује материју арбитраже. Неки од тих извора овлашћују арбитре да директно изаберу право или правна правила која оцене прикладним[26] или са којима је спор најближе повезан,[27] док други предвиђају да арбитри до меродавног материјалног права морају да дођу преко колизионих норми чију примену оцене прикладном,[28] при чему те колизионе норме не морају да припадају праву државе седишта арбитраже. Према томе, треба закључити да су правила међународног приватног права на која се Бечка конвенција позива у члану 1(1)(б) сва она правила међународног приватног права која је форум надлежан за решавање конкретног спора из међународних трговинских односа дужан да примењује на основу материјалноправних и процесноправних норми које га обавезују, независно од „националне припадности" тих правила.[29]

---

[26] Вид. нпр. члан 35(1) UNCITRAL Арбитражних правила; члан 21(1) Прави ла Међународне трговинске коморе (ICC).

[27] Вид. нпр. члан 33(1) Швајцарских арбитражних правила.

[28] Вид. нпр. члан 48(2) Правилника Спољнотрговинске арбитраже при ПКС.

[29] За донекле другачије мишљење вид. Pilar Perales Viscasillas, „Applicable Law, the CISG and Future Conventions on International Commercial Contracts", *Villanova Law Review* бр. 4/2013, 741, која изричито наводи да је члан 1(1)(б) Бечке конвенције

4. ПРАВИЛА МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА КАО ОСНОВ ПРИМЕЊИВОСТИ БЕЧКЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Значајно питање за објашњење примењивости Бечке конвенције на основу њеног члана 1(1)(б) јавља се у погледу дефинисања појма правила међународног приватног права на која се цитирана одредба позива. То су свакако у првом реду колизионе норме (4.1), али се под наведени појам могу подвести и друга правила међународног приватног права (4.2).

4.1. Колизионе норме

Основно упоредноправно решење у формулисању колизионих норми за уговорне обавезе је одређивање аутономије воље као примарне тачке везивања.[30] Друге тачке везивања по правилу се примењују супсидијарно, уколико уговорне стране нису изабрале меродавно право, и оне не представљају већи проблем за примену Бечке конвенције на основу члана 1(1)(б).

Опште је место да ће стране свој уговор о међународној продаји робе подвргнути Бечкој конвенцији ако као меродавно право за уговор одреде право државе уговорнице Конвенције. Овакво становиште је и логично, с обзиром на то да Бечка конвенција претендује да буде део права држава које су је ратификовале. Ако стране у уговору о међународној продаји робе желе да искључе примену Бечке конвенције, потребно је да своју намеру у том смислу јасно искажу тако што ће именовати извор права меродаван за спор (нпр. „спор ће се решавати у складу са одредбама Закона о облигационим односима Србије“) или експлицитно искључити примењивост Конвенције (нпр. „на уговор се примењује право Србије, искључујући Бечку конвенцију“).

Сасвим очекивано, постоји судска и арбитражна пракса која противречи изложеном доминантном становишту.[31] Међутим, детаљ-

намењен судијама а не арбитрима, али истовремено прихвата и да је концепт прави ла међународног приватног права није аутономни концепт Бечке конвенције, већ је одређен националним правом.

[30] Вид. нпр. чл. 3(1) Уредбе Европског парламента и Савета бр. 593/2008 о праву меродавном за уговорне обавезе; чл. 3(1) хашке Конвенције о праву меродав ном за међународну продају робе (1955); чл. 20 српског Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља; чл. 1210(1) руског Грађанског законика (1995); чл. 41 кинеског Закона о међународном приватном праву (2011). У англосаксонском праву принцип аутономије воље у уговорном праву први пут је изложен у пресуди у случају *Robinson v. Bland* из 1760. године. Наведено према: P. Mayer, V. Heuzé, 523. За историјски развој колизионих норми за уговорне односе вид. Г. Кнежевић, 101 135.

[31] Вид. нпр. Kantonsgericht Zug, 16 март 1995, *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950316s1.html*, 1. март 2014; Cour d’appel de Colmar, 1re chambre civile,

нија анализа одлука које одступају од владајућег становишта указује на одређене методолошке недоследности судија и арбитара. Тако су, на пример, италијанске судије стале на становиште да изричит избор италијанског права као меродавног за уговор о продаји робе између страна које су своја места пословања имале у Италији и Шведској (која у то време није била уговорница Бечке конвенције), треба разумети као искључење примене Конвенције, јер се њен члан 1(1)(б) примењује само када стране нису изабрале меродавно право.[32] Сматрамо да текст члана 1(1)(б) Конвенције ничим не указује на другачији третман аутономије воље у односу на друге повезнице, па нам се стога чини да за изложени став италијанског суда нема утемељења у Конвенцији. Слично томе, арбитри у *ad hoc* арбитражи вођеној у Фиренци изразили су гледиште да експлицитан избор италијанског права као меродавног за уговор о продаји робе закључен између италијанске и јапанске стране (у време када Јапан није био држава-уговорница Бечке конвенције) води искључењу примене Конвенције на основу њеног члана 6.[33] Контрадикторност оваквог става је очигледна јер, да би примена Конвенције уопште могла да буде искључена на основу члана 6, сама Конвенција мора да буде примењена, а у конкретном случају једини начин да до њене примене дође био је управо члан 1(1)(б), будући да услови за примену члана 1(1)(а) нису били испуњени. Такође, члан 6 Конвенције само *овлашћује* стране у уговору о међународној продаји робе да искључе примену Конвенције или, под резервом члана 12, одступе од било које од њених одредаба или измене њихово дејство, али је *критеријум за утврђивање да ли је наведено право искоришћено* садржан у члану 8 Конвенције, који садржи правило о тумачењу изјава воље страна у уговору о међународној продаји робе.

Сходно наведеном, сматрамо да би требало закључити да, у ситуацији када стране у уговору о међународној продаји робе имају своја места пословања у различитим државама а најмање једна од тих држава није уговорница Бечке конвенције, изричит избор права државе-уговорнице као меродавног за уговор ствара оповргљиву претпоставку меродавности Бечке конвенције. Доказивање да су уговорне стране таквим избором меродавног права заправо имале у виду искључење Конвенције треба да се обави тако што ће се воља страна у погледу меродавног права тумачити у складу са чланом 8

Musgrave v. Céramique Culinaire de France, 26 септембар 1995, *http://www.unilex.info/case.cfm?id 236*, 1. март 2014.

[32] District Court Monza, Nuova Fucinati v. Fondmetall International, 14. јануар 1993, *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html*, 1. март 2014.

[33] Florence ad hoc Arbitration Proceedings, 19 април 1994, *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940419i3.html*, 1. март 2014.

Конвенције, као претпостављено меродавног извора права у тренутку одлучивања о том питању.[34]

4.2. Друга правила међународног приватног права као основ примењивости Бечке конвенције

Питање примењивости Бечке конвенције на основу правила међународног приватног права није ограничено само на дејство колизионих норми, већ обухвата и друга правила међународног приватног права која су неодвојиво повезана са применом колизионе технике. То су питања одабира релевантне колизионе норме (проблем квалификације) (4.2.1) и тумачења њеног садржаја (проблем о узвраћању и преупућивању (фр. *renvoi*)) (4.2.2).

4.2.1. Правила о квалификацији

Под квалификацијом у смислу међународног приватног права се, најопштије речено, подразумева логички поступак подвођења правно релевантних чињеница под одговарајућу правну категорију, тј. поступак проналажења одговарајуће колизионе норме права државе суда, а затим и супстанцијалне норме меродавног права норме за спорно правно питање.[35] Свесни озбиљности и сложености проблема квалификације у међународном приватном праву, на овом месту ћемо покушати да само у најкраћим цртама изложимо значај правила о квалификацији за примену члана 1(1)(б) Бечке конвенције, не улазећи у детаљна разматрања овог питања која би могла да превазиђу предмет и сврху нашег рада.

Претпоставимо да продавац робе, који има место пословања у држави А, води преговоре о закључењу уговора о међународној продаји робе са потенцијалним купцем који има место пословања у држави Б. Преговори се воде у држави Б која је уговорница Бечке конвенције. Међутим, продавац у неком тренутку прекине преговоре, па потенцијални купац жели да накнади штету коју је услед прекида преговора претрпео и покрене судски поступак у том циљу пред надлежним судом државе А која није уговорница Бечке конвенције.

[34] Вид. у том смислу: California Appelate Court (2nd disrtict), Orthotec v. Eurosurgical, 27 јун 2007, *http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070627u1.html*, 1 март 2014.

[35] Упор. различите дефиниције проблема квалификације: М Пак, 547 548; Александар Јакшић, „Члан 9 ЗМПП а и основни појмови међународног приват ног права“, *Двадесет година Закона о међународном приватном праву* (ур. Мир ко Живковић), Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2004, 59; P. Mayer, V. Heuzé, 118 123; J. Fawcett, J. M. Carruthers, 42; K. Sajko, 177; M. Станивуковић, M. Живковић, 245 249; Т. Варади, Б. Бордаш, Г. Кнежевић, В. Павић, 118 124.

Уколико суд квалификује тужбени захтев као питање предуговорне одговорности туженог, примениће своју колизиону норму за меродавно право за деликте, која ће по правилу указати на меродавност права државе где се штетни догађај десио или где је последица наступила, што би у овом случају требало да буде право државе Б. Даљи ток одлучивања зависи од начина на који право државе А приступа питању квалификације. Ако право државе А примењује принцип решавања сукоба квалификација према *lex fori*, суд остаје везан својим начином квалификације спорних чињеница и правних питања и када примењује меродавно право, па ће тако при решавању спора тражити само оне норме права државе Б које уређују вануговорну одговорност, што значи да се Бечка конвенција неће применити. Међутим, ако право државе А примењује принцип степенастог решавања сукоба квалификација, суд ће, након што је утврдио меродавно право квалификујући спорне чињенице и правна питања према *lex fori*, за потребе примене меродавног права поново квалификовати спорне чињенице и правна питања, али овај пут на начин на које би то учинило меродавно право, да би идентификовао норме *lex causae* које треба да буду примењене приликом одлучивања о тужбеном захтеву. Степенаста квалификације ће тако, у случају да до прекида преговора није дошло услед деликтне радње стране која је прекинула преговоре, према раширеном мишљењу[36] довести до примене Бечке конвенције.[37]

Према томе, правила о квалификацији представљају део правила међународног приватног права која могу пресудно да утичу на примењивост Бечке конвенције на основу њеног члана 1(1)(б).

4.2.2. Правила о узвраћању и преупућивању

Проблем узвраћања и преупућивања, најкраће речено, представља проблем тумачења колизионе норме. Питање које се у том смислу поставља је следеће: да ли колизиону норму, када упути на примену права стране државе, треба тумачити тако да налаже примену страног права *у целини*, или се под појмом меродавности права стране државе подразумевају само његове супстанцијалне норме?

[36] Ulrich Schroeter, „Introduction to Articles 14 24“, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, (ed. Ingeborg Schwenzer), Oxford University Press, Oxford 2010[3], 252, са упућивањем на релевантну судску и арбитражну праксу; Franco Ferrari, „Article 16“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), C.H. Beck Hart Nomos, München 2011, 255, са даљим упућивањима.

[37] О проблему квалификације у контексту примене Бечке конвенције вид. C. Saf, пар. 7.1.

Одговор на ово питање зависи од концепцијског става права државе суда према установи узвраћања и преупућивања.[38]

У контексту примене Бечке конвенције на основу члана 1(1)(б), значај института *renvoi* ћемо показати на следећем хипотетичком примеру. Продавац из уговора о међународној продаји робе има своје место пословања и седиште у држави А која није уговорница Бечке конвенције, док купац има седиште и место пословања у држави Б која јесте уговорница Конвенције. У уговору нису изабрали меродавно право, али су одредили да ће спорове из њиховог уговора или у вези са њим решавати суд државе В. Уговор је закључен у држави Б, на језику те државе, у тој држави је уговорена испорука робе која је предмет уговора, и цена треба да се исплати у валути државе Б. Колизиона норма за уговоре о продаји покретних ствари права државе суда као меродавно означава право које су уговорне стране изабрале или, у одсуству таквог избора, право државе у којој је продавац имао седиште у време пријема понуде. С друге стране, колизиона норма права државе А предвиђа да је за уговоре о продаји покретних ствари меродавно право које су уговорне стране изабрале или право државе које је у најближој вези са спорним уговорним односом. Да бисмо избегли непотребно компликовање случаја, претпоставићемо да је колизиона норма права државе Б идентична колизионој норми права државе А.

Материјалноправно решење описаног случаја пресудно зависи од става права државе В (државе суда) према установи узвраћања и преупућивања. Ако право државе В концепцијски не прихвата *renvoi*, колизиона норма *lege fori* ће судију упутити на супстанцијално право државе А и Конвенција неће бити примењена. Са друге стране, уколико право државе В концепцијски прихвата *renvoi*, колизиона норма *lege fori* ће судију упутити на право државе А у целини, па ће га, с обзиром на то да би разумно било закључити да спорни уговорни однос има најближу везу са правом државе Б, колизиона норма овог права преупутити на право државе Б и Конвенција ће бити примењена.

Према томе, концепцијска прихваћеност установе узвраћања и преупучивања као правила међународног приватног права од суштинске је важности за примену Бечке конвенције по основу члана 1(1)(б).

---

[38] О проблему узвраћања и преупућивања уместо свих вид. Angelo Davì, „Le renvoi en droit international privé contemporain", *Recueil des cours de l'Académie de droit international* vol. 352/2010.

5. ДЕЈСТВО РЕЗЕРВЕ ИЗ ЧЛАНА 95 КОНВЕНЦИЈЕ

Додатни фактор који отежава објашњење примењивости Бечке конвенције на основу њеног члана 1(1)(б) јесте могућност држава уговорница да изјаве резерву на њену примену предвиђену чланом 95. На основу члана 95, „*[*п*]*риликом депоновања инструмената ратификације, прихватања, одобравања или приступања свака држава може изјавити да се не сматра обавезаном одредбама члана 1(1)(б) Конвенције". Ову могућност је до сада искористило 7 држава, међу којима су и неке значајне трговинске силе, као што су Кина и САД.[39] Тумачење дејства резерве из члана 95 Конвенције изазвало је доста спорења у теорији међународног трговинског права.[40] Највише недоумица изазвале су две карактеристичне ситуације.

У првој ситуацији, форум пред којим се решава спор из уговора о међународној продаји робе налази се у држави која је изјавила резерву из члана 95, а релевантна норма међународног приватног права указује на меродавност права државе-уговорнице која резерву није изјавила. Према једном схватању, у оваквом случају Конвенција се неће применити.[41] Овакав резултат објашњава се околношћу да, услед дејства резерве из члана 95, право државе форума сматра да Конвенцију треба применити само када и купац и продавац имају места пословања у државама-уговорницама.[42] Према супротном схватању, у описаном случају Конвенцију би требало применити како би се избегла међународна дисхармонија у одлучивању, јер би исти спор био решен применом Конвенције да се форум налази у држави која није изјавила резерву из члана 95 (или чак уопште није уговорница Конвенције) а њена правила међународног приватног права укажу на меродавност права државе уговорнице.[43] Овакав закључак би, уосталом, могао да се правда и налогом да се при тумачењу Конвенције има водити рачуна о њеном међународном карактеру и потреби да се промовише једнообразност њене примене, садржаним у члану 7(1) Конвенције.[44]

---

39 Списак држава које су изјавиле резерву из члана 95 Конвенције доступан је на веб адреси: *http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral texts/sale goods/1980CISG status.html*.

40 За детаљан преглед различитих гледишта о спорним питањима примене члана 95 вид. уместо свих: Johnny Herre, „Article 95", *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary*, (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), C.H. Beck Hart Nomos, München 2011, 1208 1212, са даљим упућивањима.

41 *UNCITRAL Digest of Cases on Art. 1 CISG*, A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/1, пар. 23.

42 J. Honnold, 41.

43 J. Herre, 1209, са даљим упућивањем на ауторе који деле ово мишљење.

44 У том смислу: P. Schlechtriem, C. Witz, 19.

У другој, обратној ситуацији, форум пред којим се решава спор из уговора о међународној продаји робе налази се у државиуговорници која није изјавила резерву из члана 95, а релевантна норма међународног приватног права указује на меродавност права државе која је резерву изјавила. Према једном схватању, у оваквом случају Конвенција се неће применити јер форум који примењује Конвенцију као део страног права треба да је примени на начин на који би то учинио и форум државе чијег права је Конвенција део.[45] Према супротном схватању, Конвенцију би у оваквом случају требало применити, што се објашњава околношћу да формулација члана 95 указује да само држава која изјави у њој садржану резерву неће морати да примењује Конвенцију на основу члана 1(1)(б), док је за форум који се налази у држави која није изјавила резерву став државе чије је право меродавно према резерви из члана 95 ирелевантан – будући везан ставом сопственог права према примењивости Конвенције (без ограничења), форум нема основ за избегавање њене примене.[46]

Чини нам се да се дилеме у погледу обе описане ситуације могу разрешити помоћу истог кључа, а то је сагледавање сврхе члана 1(1)(б) Конвенције. Ако је тачан наш закључак са почетка овог рада, према коме је сврха целокупне одредбе садржане у члану 1(1) Конвенције да одреди поље њене примене тако што ће указати који ће од потенцијално меродавних извора права у држави која је уговорница Бечке конвенције бити меродаван за уговоре о међународној продаји робе, то би онда значило да је за тумачење дејства резерве из члана 95 релевантан *став државе чије је право меродавно* према примењивости Конвенције на основу члана 1(1)(б). Наиме, „алгоритам" који се примењује при решавању спора из уговора о међународној продаји робе је следећи: пошто утврди да се ради о спору из уговора о међународној продаји робе, форум испитује да ли стране имају места пословања у државама чланицама Конвенције, на шта га обавезује одредбе члана 1(1)(а) као приоритетна у систему Конвенције; ако је овај услов испуњен, примењује се Конвенција без икакве даље међународно-приватноправне анализе (у том тренутку је, дакле, небитно да ли се Конвенција примењује као део права државе купца или продавца); у супротном, форум се окреће својим нормама међународног приватног права (дакле, излази из зоне примене Конвенције, јер услови из члана 1(1)(а) нису испуњени); ако те норме укажу на меродавност права државе-уговорнице, примениће Конвенцију зато што тако налаже члан 1(1)(б) као *део меродавног*

45 За детаљно објашњење овог става и упућивање на релевантну литературу вид. Peter Schlechtriem, „Article 1", *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, (eds. Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer), Oxford University Press, Oxford 2005[2], 36 37.

46 I. Schwenzer, P. Hachem, „Article 1"..., 43.

права, а не као део права државе форума.[47] Дакле, након што је утврдио да Конвенција није примљива према члану 1(1)(а) и одредио меродавно право за спор, форум је изашао из сфере примене сопственог права па, последично, више није везан ставом сопственог права према примењивости Конвенције. Члан 1(1)(б) служи да на аутономан и једнообразан начин реши питање хијерархије Конвенције у систему извора права меродавних за уговоре о међународној продаји робе у државама уговорницама и олакшава форуму међународноприватноправну анализу спора тако што форуму даје до знања да сваки пут када његове норме међународног приватног права укажу на меродавност права државе уговорнице, Конвенција има предност у примени у односу на друге потенцијално релевантне изворе права.

Сходно томе, закључујемо да се дејство резерве из члана 95 огледа у томе да је за примењивост Бечке конвенције на основу члана 1(1)(б) од значаја став према примени Конвенције права државе чије је право меродавно (тј. да ли је та држава изјавила резерву или не), док је околност да је држава форума изјавила резерву из члана 95 ирелевантна за примену Конвенције када правила међународног приватног права укажу на меродавност права државе која ову резерву није изјавила.

6. ЗАКЉУЧАК

Анализа најважнијих аспеката члана 1(1)(б) Бечке конвенције потврђује нашу оцену са почетка овог рада да је готово заводљива једноставност проучаване одредбе ипак само привидна. За тумачење неколико редова текста ове одредбе потребно је добро познавање најважнијих института међународног приватног права, свест о неопходности анализе њеног домашаја у контексту целог система Бечке конвенције и разумевање правнополитичких аргумената за изјављивање резерве на њену примену.

Покушали смо да покажемо да, иако се члан 1(1)(б) Конвенције позива на правила међународног приватног права, он са̄м није колизиона норма, већ једноставно одредба која одређује поље примене акта у којем је садржана у односу на друге изворе права у држави-уговорници. Закључили смо да је Конвенција уздржавањем да фиксира „националну припадност“ правила међународног приватног права на која се позива у члану 1(1)(б) отворила врата за примену различитих метода избора колизионих или супстанцијалних норми. Такође, коришћењем генеричког термина „правила међународног приватног права“ уместо предметно ужег појма „колизионих норми“

[47] Изложени методолошки поступак описан према: Camilla Baasch Andersen, Francesco Mazzotta, Bruno Zeller, *A Practitioner's Guide to the CISG*, Juris, New York 2010, 3.

Конвенција оставља слободу државама--уговорницама да самостално дефинишу начине квалификације правне категорије и тумачења домашаја колизионих норми. Коначно, на основу критичке анализе различитих гледишта о дејству резерве из члана 95, настојали смо да, упркос великом броју радова који су о овој одредби већ написани, дамо и сопствени допринос аргументацији става који нам се чини утемељенијим.

Даљим повећањем броја држава-уговорница Бечке конвенције сразмерно ће опадати потреба за применом њеног члана 1(1)(б). Међутим, док се број држава-уговорница не буде повећао у довољној мери да учесталост примене члана 1(1)(б) постане занемарљива, судска и арбитражна пракса ће, чини нам се, наставити да бележе случајеве који ће омогућавати да члан 1(1)(б) задржи репутацију неисцрпне теме правнонаучне литературе.

Marko Jovanović, LL.M.

Lecturer
University of Belgrade Faculty of Law

APPLICATION OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR TEH INTERNATIONAL SALE OF GOODS WHEN THE RULES OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW LEAD TO THE APPLICATION OF THE LAW OF A CONTRACTING STATE

The paper examines the problems with respect to the application of the UN Sales Convention (CISG) by virtue of its Article 1(1)(b). To that effect, the author analyzes the legal nature of this provision, describes the prerequisites for its application and explains the relevance of different rules of private international law for the application of the CISG. A special attention is given to the effects of Article 95 reservation.

The author presents arguments against a widely spread opinion that the Article 1(1)(b) is in itself a conflict-of-laws rule, suggests that this provision is suitable to be applied both by courts and arbitral tribunals and explains the importance of the rules on classification and renvoi for the application of the CISG. With respect to the effect of Article 95 reservation, the author gives precedence to the position of the applicable law, rather than the law of the forum, concerning this reservation.

Key words: *CISG. – Artilce 1(1)(b). – Article 95. – Conflict-of-laws rules for contracts for the international sale of goods.*

УДК 347.72.031(497.11) ; 347.922.6

Јелена Лепетић[*]

ПРАВО АКЦИОНАРА НА ИНДИВИДУАЛНУ ТУЖБУ[**]

У овом раду аутор се бави правом акционара на индивидуалну тужбу. Након уводног дела о појму индивидуалне тужбе у нашем и упоредним правима, аутор анализира одговорност лица са посебним дужностима за проузроковану штету акционарима. Осврће се на услове одговорности и питање противправ ности у компанијском праву. Посебна пажња посвећена је (не)оправданости права акционара на накнаду штете због пада вредности акција или изостанку раста те вредности (рефлексна штета). Аутор закључује да је потребно из менити Закон о привредним друштвима и искључити право на накнаду реф лексне штете акционарима уколико је друштво (или акционари деривативно) у могућности да поднесе тужбу због повреде посебних дужности. На крају, ау тор се бави питањем одговорности друштва за штету коју су чланови његових органа проузроковали акционарима.

Кључне речи: *Индивидуална тужба. Одговорност лица са посебним дужно стима. Рефлексна штета. Одговорност привредног друшт ва.*

1. УВОД

Права акционара, уопште, могу се сврстати у: 1) економска права (нпр. право на дивиденду), 2) управљачка права (нпр. право на избор директора), 3) права информисања (нпр. право на постављање питања) и 4) права на судску заштиту.[1] Право на индивидуалну туж-

[*] Аутор је асистент Правног факултета у Београду, *jelena.lepetic@ius.bg.ac.rs*.

[**] Рад је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Бео граду *Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније правни, економски, политички и социолошки аспекти (2014)*.

[1] J. Velasco, „The Fundamental Rights of the Shareholder“, *University of Califor nia, Davis Law Review* 2/2006, 413.

бу спада у право акционара на судску заштиту. Индивидуална тужба није средство заштите мањинских ни несагласних акционара, већ сваког акционара, имајући на уму да не постоје ограничења у погледу висине капитал учешћа и сагласности приликом доношења одлука. Тужба може бити поднета против лица са посебним дужностима и самог друштва, па је потребно анализирати њихову одговорност. Од посебног је значаја утврдити домет и ограничења индивидуалне тужбе, имајући на уму да право на накнаду штете у нашем праву није ограничено на штету која премашује штету коју је претрпело привредно друштво. Стога, потребно је утврдити да ли акционари имају право на накнаду штете због пада вредности акција или изостанка раста те вредности настале повредом посебних дужности према друштву од стране лица са посебним дужностима.

2. ПОЈАМ

Индивидуална тужба (енг. *personal action*, фр. *action individuelle*) је тужба коју подноси члан друштва у своје име и за свој рачун против лица са посебним дужностима ради накнаде штете које му то лице проузрокује повредом посебних дужности према друштву. Право члана друштва на судску заштиту подношењем индивидуалне тужбе предвиђено је Законом о привредним друштвима за све форме друштава.[2] Предвиђањем индивидуалне тужбе штите се интереси чланова друштва, а не самог друштва, па се накнада штете односи само на штету коју је члан претрпео непосредно, а не посредно као штету коју је претрпело друштво, а самим тим и он као члан. Да ли лице које подноси индивидуалну тужбу мора имати својство члана у моменту подношења тужбе? Имајући и виду да се у Закону говори о члану као тужиоцу, према језичком тумачењу може се закључити да лице које изгуби својство члана након повреде дужности којом му је нанета штета нема право на индивидуалну тужбу. Међутим, лице које је изгубило својство члана друштва може остварити своје право применом општих правила о накнади штете.

Законом је посебно предвиђено право чланова на подношење тужбе против ликвидационог управника за накнаду штете насталу

[2] Закон о привредним друштвима ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/11 и 99/11, чл. 78. Индивидуална тужба била је предвиђена и Законом о привредним друштвима из 2004. године, *Службени гласник РС*, бр. 125/04, чл. 40. Према Закону о предузећима из 1996. године, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99, 9/01 и 36/02, чл. 77, било је предвиђено да чланови друштва капитала, али не и чланови друштва лица, могу поднети индивидуалну тужбу против друштва, односно чланова управе за накнаду штете која им је непосредно причињена одлуком органа друштва коју су чланови управе донели грубом непажњом или са намером да се штета проузрокује.

повредом дужности.[3] Исто право имају и повериоци. Будући да чланови друштва могу поднети индивидуалну тужбу против ликвидационог управника као лица са посебним дужностима, посебна одредба о одговорности ликвидационог управника сврсисходна је само у односу на повериоце као директне тужиоце.

Закон о привредним друштвима не предвиђа рок у коме се мора поднети индивидуална тужба, па се примењују општа правила облигационог права. Привредни суд је надлежан у споровима који произилазе из Закона о привредним друштвима према Закону о уређењу судова.[4] Стога, за спорове по индивидуалној тужби, надлежан је привредни суд без обзира на то што ни тужилац ни тужени не морају бити привредни субјекти.[5]

3. УПОРЕДНОПРАВНИ ПРЕГЛЕД

Право акционара на индивидуалну тужбу постоји у немачком праву. Њен домет је ограничен, будући да се ради о тужби акционара против других акционара и других лица која су с намером извршила утицај на директора или члана надзорног одбора да поступи на штету друштва, само за накнаду штете која превазилази штету коју је претрпело друштво.[6] Правило се не примењује уколико су друштва повезана уговором или је друштво у 100% власништву контролног друштва.[7] У принципу, акционарима није дозвољено да туже директо-

[3] ЗОПД, чл. 544, ст. 1.

[4] Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11 др. закон, 78/11 др. закон, 101/11 и 101/13, чл. 25, ст. 1, тач. 3. Упор. ЗОПД, чл. 7 и Закон о привредним друштвима из 2004. године, чл. 46, ст. 1.

[5] „Међутим, основано се у жалби тужиоца указује да првостепени суд у образложењу свог решења није ценио своју надлежност сходно одредбама члана 46. став 1. ЗОПД, по којима је трговински суд седишта привредног друштва надлежан за решавање спорова који произилазе из тог закона, осим ако овим законом није другачије одређено. Према стању у списима, тужилац је поднео тужбу против туже ног ради накнаде штете проузроковане радњама туженог и то изношењем неисти на о тужиоцу путем средстава јавног информисања. Тужени као тужилац посебном тужбом пред истим судом тражи да се утврди да је са тужиоцем члан туженог као друштва са ограниченом одговорношћу.“ Апстракт Пресуде Пж. 8788/5 од 7.11.2005, *http://www.sirius.rs/praksa/24580*, 1. април 2014.

[6] Вид. немачки Закон о акцијама из 1965. године (*Aktiengesetz AktG*), чл. 117. Директор или члан надзорног одбора одговарају солидарно са лицима која су на њих извршила утицај, осим у појединим случајевима у вези са повезаним друштвима. Вид. G. Wirth *et al*., *Corporate Law in Germany*, Verlag C.H. Beck, München, 2010[2], 94.

[7] P. H. Conac, L. Enriques, M. Gelter, „Contraining Dominant Shareholder’ Self Dealing: The Legal Framework in France, Germany and Italy“, *European Company and Financial Law Review* 4/2007, 502. Вид. *AktG*, чл. 319.

ре или чланове надзорног одбора ради кршења дужности, јер између њих не постоји правна веза, што за резултат има примену правила о вануговорној одговорности.[8] И у британском праву постоји истоимена тужба на основу које акционари могу тужити директора.[9] Чланови могу тужити директоре за повреду дужности које имају према самим акционарима, нпр. када им директори дају савет у вези са вршењем права.[10] Такође, могу их тужити и када претрпе штету различиту од штете које је претрпело друштво због повреде дужности директора.[11] У британском Компанијском закону није наведено да ли дужности директора постоје и према акционарима, али се према *common law* сматра да то није случај.[12] Када предузимањем штетне радње, тј. повредом дужности од стране директора настане штета и компанији и акционару, дозвољено је подношење индивидуалне и деривативне тужбе од стране истог лица.[13] У француском праву, право акционара на подношење индивидуалне тужбе није посебно предвиђено.[14] И поред тога, индивидуална тужба може бити поднета, али акционар тешко може да докаже да је претрпео штету која није обухваћена штетом коју је претрпело друштво.[15] Подноси се ради представљања лажних резултата пословања, ширење лажних информација и злоупотребу инсајдерских информација.[16] Поједини аутори сматрају да право на индивидуалну тужбу произилази из чл. 1382 Грађанског законика, други да се ради о примени чл. Л. 225–252 Трговинског законика, а трећи да је у питању примена чл. Л. 225–251.[17] Штета

---

8 G. Wirth *et al*., 22 и 91.

9 P. L. Davies, S. Worthington, *Gower & Davies Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, London 2012[9], 662.

10 *Ibid*., 663.

11 *Ibid*., 665.

12 *Ibid*., 507. Дужност директора према акционару индивидуално постоји када директори поступају као заступници акционара приликом продаје акција понуђачу у поступку преузимања, односно када директори дају савет акционарима по питању вршењу права акционара, посебно права располагања акцијама (акционари су се обратили лицу у својству директора чиме је настао посебан однос између акционара и директора). *Ibid*., 507 и 663. С друге стране, када акционари продају акције директорима у личном својству, према ставу суда, директори не крше дужност према акционарима када им не открију да су у току преговори за преузимање. *Ibid*., 508.

13 *Ibid*., 663.

14 M. Cozian, A. Viadier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis SA, Paris 2005[18], 128; B. Grelon, „Shareholders' Lawsuits against the Management of the Com pany and its Shareholders under French Law", *European Company and Financial Law Review* 2 3/2009, 213.

15 *Ibid*.

16 P. Merle, A. Fauchon, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Édition Dal loz, Paris, 2008[12], 480 фн. 4.

17 Вид. P. Merle, A. Fauchon, 479; H. de Wulf, „Direct shareholder suits for dam ages based on reflective loss", *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburstag am 24.*

коју је акционар претрпео лично помиње се у одредби Л. 225–252 Трговинског законика, којом је регулисано право на подношење деривативне тужбе. У чл. 225–251 регулисана је одговорност директора акционарског друштва. Према чл. 1382 Грађанског законика, тужба за накнаду штете може бити поднета и против чланова, укључујући и мањинске чланове, када се ради о злоупотреби права већине или мањине (вануговорна одговорност).[18] Акционари имају право на индивидуалну тужбу и у америчком праву. Директне, тј. индивидуалне тужбе подносе се нпр. ради остварења права на инспекцију аката друштва, права preче куповине и права на дивиденду.[19]

4. ОДГОВОРНОСТ ЛИЦА СА ПОСЕБНИМ ДУЖНОСТИМА

Према Закону о привредним друштвима, индивидуална тужба може се поднети само против лица са посебним дужностима. Лица са посебним дужностима према акционарском друштву су контролни акционари, акционари са значајним капитал учешћем, директори, чланови надзорног одбора, заступници, прокуристи и ликвидациони управник. Субјекти дужности могу бити и друга лица, ако је то предвиђено оснивачким актом или статутом. Лица са посебним дужностима имају законом именоване дужности према привредном друштву (дужност пажње, дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, дужност избегавања сукоба интереса, дужност чувања пословне тајне и дужност поштовања забране конкуренције), али не и према акционарима. Дакле, тужени не мора бити и друштво, већ само лице са посебним дужностима.

4.1. Врста одговорности

Поставља се питање да ли је према извору обавезе одговорност лица са посебним дужностима за проузроковану штету акционару уговорна или вануговорна. Штетна радња је начелно повезана са штетником, док је штета повезана са оштећеником.[20] Штетна радња је грађански деликт која није у вези с обавезом штетника према оштећеном од раније, па је самосталан основ одговорности, за разлику од штете која настаје повредом ранијег правног односа, када не настаје нова обавеза већ се ради о модификованој обавези из

August 2010, Unternehmen, Markt und Verantwortung (eds. S. Grundmann *et al*), Band 1, De Gruyter, Berlin New York 2010, 1558.

[18] B. Grelon, 215 216.

[19] Вид. R. C. Clark, *Corporate Law*, Little, Brown and Company, Boston To ronto 1986, 662 663.

[20] М. Вуковић, *Одговорност за штету у грађанском праву*, Школска књига, Загреб 1951, 14.

постојећег односа.[21] Уговорна одговорност настаје ако се прекрши релативна обавеза нешкођења другоме настала из одређеног правног односа који постоји од раније, чији правни основ не мора бити уговор, већ се може радити о односу који је произведен другим правним чињеницама (нпр. кршење обавезе настале из правно неоснованог обогаћења или једностране изјаве воље).[22] Уговорна одговорност у ужем смислу представља одговорност за повреде уговорне обавезе, а уговорна одговорност у ширем смислу представља одговорност за штету насталу повредом обавезе из раније насталог правног односа.[23] Претходна тврдња темељи се на нормама Закона о облигационим односима о праву на накнаду штете (чл. 262–269) у одељку о повериочевим правима и дужниковим обавезама у глави посвећеној дејству обавеза. Закон не ограничава право на накнаду штете само на штету чији је правни основ уговор, већ се ради о општем правилу, без обзира на основ, да поверилац има право на накнаду штете од дужника ако не испуни обавезу.[24] Лица са посебним дужностима немају посебне дужности према акционарима, али то не значи да немају обавезе према њима. Обавезе директора према акционарима и обавезе једних акционара према другима произилазе из функције директора, односно својства члана привредног друштва које подразумева постојање воље за удруживањем – *affectio societatis*.[25] Због постојања ранијег правног односа, одговорности лица са посебним дужностима за проузроковану штету акционарима насталу повредом дужности је уговорна одговорност.

4.2. Услови одговорности

Општи услови грађанске одговорности у нашем праву су штета, кривица и узрочна веза.[26] Према законском решењу о индивидуалној тужби, акционари имају право на накнаду штете само ако је та штета настала повредом дужности према друштву. У теорији грађанског права доста се расправљало о томе да ли је противправност посебан

---

[21] *Ibid.*, 14 15.

[22] J. Радишић, *Облигационо право, општи део*, Номос, Београд 2000^6, 184 185.

[23] Вид. нарочито М. Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 48 и 54.

[24] Вид. Д. Митровић, „Чл. 262. Дејство обавеза“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Б. Благојевић, В. Круљ), I књига, Савремена администрација, Београд 1983^2, 910.

[25] L. Godon, „Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du di rigeant social envers les associés“, *Revue de sociétés* 11 avril 2005, 149; H. Le Nabasque, „Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés“, *RTD com*. 2/1999, 276.

[26] Вид. нпр. М. Константиновић, *Облигационо право према белешкама са предавања професора др М. Константиновића*, Београд 1962, 80.

услов одговорности.[27] Да ли је противправност посебан услов одговорности у компанијском праву у наведеном контексту? Забрањено је повредити дужност према привредном друштву (противправно поступање), тј. постоји обавеза поступања у складу са посебним дужностима према привредном друштву. Тужилац мора доказати да је претрпео штету повредом дужности према друштву, што значи да повреда дужности подразумева кривицу лица са посебним дужностима. Може се закључити, да противправност обухвата кривицу, тј. да су услови одговорности лица са посебним дужностима штета, противправност која обухвата кривицу и узрочна веза. Поставља се питање сврхе предвиђања таквог услова. Директори су у немачком праву директно одговорни само лицима према којима имају дужности.[28] Имајући у виду да се елемент противправности у вези са доказивањем штете у нашем праву не тражи, постојање дужности према одређеном лицу није од значаја приликом одлучивања суда. Стога, није потребно да постоји посебна дужност лица са посебним дужностима према акционару да би акционар имао право на накнаду штете. Законом је прописано која радња је противправна без обзира на природу односа штетника и оштећеника чиме се брише граница између уговорне и вануговорне одговорности. У Закону о привредним друштвима наводи се шта је забрањено поступање – повреда дужности, док је опште правило из Закона о облигационим односима да се свака штета настала поступањем мора накнадити.[29]

4.2.1. Питање штете

Акционар има право да поднесе индивидуалну тужбу када предузимањем исте штетне радње којом је лице са дужностима повредило дужност према друштву настане штета друштву и акционару, независно од штете коју претрпи друштво.[30] Ове ситуације су изузетно ретке.[31] У упоредној судској пракси у вези с индивидуалном

[27] Према Радишићу противправност, схваћена као кршење норме којима се директно или индиректно спречава наношење штете, је четврти услов грађанске одговорности. Вид. Ј. Радишић, 221. С друге стране, Караникић Мирић сматра да противправност није посебан услов одговорности. Вид. М. Караникић Мирић, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 265 266 и 274.

[28] Вид. о одговорности у немачком праву H. D. Assmann, „Directors' Duties and Liabilities in Transfers of Control under the Continental Legal System", *European Takeovers Law and Practice* (eds. K. J. Hopt, E. Wymeersch), Butterworths, London Boston 1992, 287; H. de Wulf, 1563.

[29] Вид. Закон о облигационим одосима ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03 Уставна повеља, чл. 154.

[30] Вид. P. L. Davies, S. Worthington, 663.

[31] P. Merle, A. Fauchon, 480.

тужбом препознати су проблеми могућности двоструке накнаде штете, имајући у виду да друштво има право да поднесе тужбу против лица са посебним дужностима за накнаду штете, као и акционари деривативно, и тешкоће разликовања штете коју је акционар претрпео као један од чланова друштва као групе или појединачно. Акционари могу претрпети материјалну и нематеријалну штету повредом посебних дужности према друштву од стране лица са посебним дужностима. Законом о привредним друштвима није предвиђено да акционари имају право на штету која премашује штету коју претрпи привредно друштво. У сваком случају, ради одштетног карактера накнаде, накнада не може бити већа од штете.[32]

4.2.2. Принцип забране накнаде рефлексне штете у упоредним правима

Забрана накнаде штете акционарима због пада вредности акција проузрокованог повредом дужности у упоредним правима произилази из принципа забране накнаде рефлексне штете (енг. *no reflective loss*). Рефлексна штета је штета коју акционари претрпе услед пада вредности акција или изостанка раста вредности акција коју акционар не може захтевати јер се ради о рефлексији штете начињене компанији.[33] Рефлексна штета не би наступила да штета није нанета друштву.[34] Вредност акција је везана за пословање компаније, тј. прати њен успех или неуспех, као инвестициони ризик, па се у том смислу сматра да акционари морају сносити тај ризик без права на накнаду штете, будући да имају право гласа које им омогућава управљање друштвом.[35] Компанија је у том смислу *alter ego* акционара.[36]

Принцип забране рефлексне штете у британском праву (принцип у *common law*), разматра се првенствено у контексту индивидуалне тужбе акционара, иако је накнада рефлексне штете у начелу могућа коришћењем средства правне заштите мањинских акционара – правила о непоштеном наношењу штете (енг. *unfairly prejudicial conduct*), при чему није искључено да тужбу због непоштеног наношења штете може поднети већински акционар. [37] У случају Џонсон против Гор

[32] О. Станковић, *Накнада имовинске штете, износ накнаде код деликтне одговорности*, Савез удружења правника Југославије, Београд 1968, 11.

[33] B. J. de Jong, „Shareholders' Claims for Reflective Loss: A Comparative Analy sis", *European Business Organization Law Review*, 1/2013, 98 и 99.

[34] H. de Wulf, 1539.

[35] Вид. у том смислу M. J. Sterling, „The Theory and Policy of Shareholder Ac tions in Tort", *The Modern Law Review* 4/1987, 474.

[36] S. Griffin, *Company Law Handbook*, The Law Society, London 2008, 234.

[37] Вид. детаљније S. Griffin (2008), 236; S. Griffin, „Shareholder Remedies and the No Reflective Loss Principle: Problems Surrounding the Identification of a

Вуда и компаније (*Johnson v. Gore Wood & Co*), британски суд је стао на становиште да акционар не може тражити накнаду штете за пад цене акција коју је претрпео када је штета настала кршењем дужности према друштву (рефлексна штета), већ то може само друштво, а ако друштво нема правни основ за подношење тужбе, акционар може поднети тужбу, између осталог, због смањења вредности акција. [38] Суд је заузео и став да акционар може поднети тужбу за накнаду штете због кршења дужности које постоје према њему индивидуално, који су следили судови и у каснијим случајевима.[39] Дакле, ако услед кршења дужности директора цена акција падне, таква индиректна штета не може бити накнађена акционару на основу индивидуалне тужбе, већ само компанији на основу деривативне тужбе, јер би у супротном иста штета могла бити накнађена два пута.[40] Акционари немају право на рефлексну штету ни у америчком праву.[41] С друге стране, у случају Џајлс против Рајнда (*Giles v. Rhind*), суд је усвојио тужбу акционара за накнаду штете која је настала кршењем дужности од стране другог акционара на нешто другачијој основи.[42]

Судови су заузели исти став и у континенталним правним системима. У немачком праву акционари не могу захтевати накнаду рефлексне штете, већ се штета има накнадити компанији, посебно због правила о одржању капитала и правилу да имовина друштва служи за пословање компаније.[43] У доктрини се чл. 117 и 317 немачког Закона о акцијама сматрају законском конкретизацијом принципа забране накнаде рефлексне штете.[44] Према француској судској прак-

Membership Interest", *The Journal of Business Law* 1/2010, 467 468. Вид. британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*), чл. 994. Судови не усвајају радо тужбу због непоштеног наношења штете јер се на тај начин обештећује појединачни акционар, што може довести до тога да други акционари у истој ситуацији неће моћи да буду обештећени. R. C. Nolan, „The Legal Control of Directors' Conflicts of Interest in the United Kingdom: Non Executive Directors Following the Higgs Report", *After Enron, Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US* (eds. J. Armour, J. A McCahery), Oxford Portland 2006, 384.

38 *Johnson v. Gore Wood & Co [2002] 2 A.C. 1.*

39 S. Griffin (2008), 234.

40 *Ibid.*

41 M. J. Sterling, 474.

42 *Giles v. Rhind [2001] 2 BCLC 582*. У случају Џајлс против Рајнда, тужилац и тужени били су акционари са по 50% капитал учешћа и директори. Тужилац је тужио туженог због кршења дужности према компанији тражећи накнаду за изгубљену вредност акција и за изгубљену будућу зараду због престанка тужиочевог радног односа. Акционару је досуђена штета коју је претрпео индивидуално, а која не би могла бити накнађена компанији, односно штета у висини изгубљене будуће зараде. *Ibid.*, 235 236.

43 B. J. de Jong, 107.

44 *Ibid.*, 114.

си, акционари немају право на накнаду штете због пада вредности акција.[45]

Постоји више разлога због којих се акционарима ускраћује наведено право. Пре свега, пад вредности акција погађа све акционаре, па се доводи у питање потреба заштите групе, а не акционара појединачно, која се може остварити предвиђањем колективне тужбе. Уколико није предвиђено право на подношење колективне тужбе, усвајањем индивидуалне тужбе због пада вредности акција нарушава се принцип равноправности акционара. С друге стране, акционари могу поднети деривативну тужбу чије би усвајање анулирало пад вредности акција. Претходно не важи за акционара који је вољно изгубио својство члана друштва након повреде дужности. Имајући у виду да само акционар може поднети индивидуалну тужбу, бивши акционар би могао остварити право на накнаду штете искључиво применом општих правила о накнади штете. Могло би се говорити и о одступању од начела једнаког третмана акционара и у том контексту. Усвајање индивидуалне тужбе за накнаду штете због пада вредности акција, значило би смањење износа накнаде штете коју друштво може захтевати од лица са посебним дужностима због повреде дужности, што се може сматрати кршењем правила о одржању капитала и расподеле добити као посебних правила компанијског права, чиме се оштећују повериоци.[46] С тим у вези, проблематично је и само подношење индивидуалне тужбе заједно са деривативном.[47] С друге стране, акционари имају право на накнаду нерефлексне штете јер се ради о штети коју је претрпео акционар лично, а не као члан групе.[48] Дакле, разлози против усвајања тужбе за накнаду штете због пада вредности акција проузрокованог повредом дужности су: могућност накнаде двоструке штете, претња од великог број спорова чиме се може нарушити принцип равноправности акционара, могућност подношења деривативне тужбе чиме се акционари адекватно штите и привилеговање акционара у односу на повериоце.[49]

---

45 P. Merle, A. Fauchon, 480.

46 Вид. детаљније H. de Wulf, 1553 1554.

47 Вид. A. J. Boyle, „The Private Law Enforcement of Director's Duties", *Corpo rate Governance and Directors' Liabilities, Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility* (eds. K. J. Hopt, G. Teubner), Walter de Gruyter, Ber lin New York 1985, 270.

48 У оба случаја ради се о личној штети, с тим што је једна рефлексна, а друга нерефлексна. B. J. de Jong, 99.

49 Вид. *ibid.*, 101.

4.2.3. Рефлексна штета у српском компанијском праву

Поставља се питање да ли ограничавање штете на штету која превазилази штету коју је претрпело друштво ставља акционаре у гори правни положај у односу на остала лица у контексту права на накнаду штете.[50] Имајући у виду да се у нашем Закону о привредним друштвима не захтева да се ради о штети која превазилази штету која је претрпело друштво, акционари у начелу имају право да захтевају накнаду штете насталу падом вредност акција као последице повреде дужности од стране лица са посебним дужностима. Акционари су власници привредног друштва које има правни субјективитет и своју имовину, што значи да акционари трпе штету „индиректно" када друштво претрпи штету. Имовину друштва чине ствари и права у власништву друштва и друга права друштва.[51] У имовину власника над друштвом улазе акције друштва („својина над друштвом").[52] Појам имовине је кључан за дефиницију материјалне штете, коју Закон о облигационим односима дефинише као умањење нечије имовине (обична штета) или спречавање њеног повећања (измакла корист).[53] Одвојеност имовине власника над друштвом и имовине друштва је последица признавања правног субјективитета друштву. Дакле, приликом анализе права акционара на накнаду штете због пада вредности акција кључно је разликовати имовину акционара од имовине друштва.[54] Поставља се питање да ли је штета коју трпе акционари рефлексна или посредна (индиректна штета). У нашем праву под рефлексном штетом подразумева се штета коју оштећени претрпи на другим својим добрима, у ком случају штетник одговара по правилима деликтне одговорности.[55] Купац има право на накнаду рефлексне штете због материјалних недостатака ствари.[56] С друге стране, посредна штета је теоријски, а не законски концепт. Штетник мора накнадити и посредну и непосредну штету, према ставу наше судске праксе, што је у сагласју са правилом да штетник мора накнадити потпуну штету.[57] Непосредна штета је непосредна последица

[50] Такву пракса поједини аутори називају дискриминаторном. Вид. H. de Wulf, 1559.

[51] ЗОПД, чл. 44, ст. 1.

[52] М. Васиљевић, *Компанијско право право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013а, 76.

[53] ЗОО, чл. 155.

[54] Слично M. J. Sterling, 470.

[55] В. Капор, „Чл. 488. Испуњење, снижење цене, раскид уговора, накнада штете", *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Б. Благојевић, В. Круљ), I књига, Савремена администрација, Београд 1983[2], 1304 1305.

[56] ЗОО, чл. 488.

[57] Ј. Радишић, 203.

штетне радње, док је посредна штета индиректна последица штетне радње.[58] Посредна штета је штета која настане када други догађај наступи из самосталног извора, ако су околности створене првим догађајем, док се непосредном штетом сматра штета настала из другог догађаја који је покренут првим догађајем, а којим не управља људска воља.[59] Посредна штета може се назвати и индиректном штетом која је индиректна последица штетне радње или директна последица друге директне штете.[60] Акционари који претрпе штету истом штетном радњом којом је директно оштећено друштво јесу посредно оштећена лица.[61] Висина вредности акција зависи од људске воље на тржишту капитала, па се ради о посредној штети у том смислу. С друге стране, у питању је рефлексија штете коју је претрпело друштво, у виду штете коју трпе акционари на својим добрима. Штета је дакле рефлексна, али је не трпи друштво на другим својим добрима, већ акционари на личним добрима. Да закључимо, рефлексна штета у компанијскоправном смислу је последица признавања правног субјективитета друштва, која подразумева одвојеност имовине друштва од имовине чланова.

Од посебног је значаја однос индивидуалне тужбе за накнаду штете акционару због пада вредности акција и тужбе друштва због повреде дужности (и деривативне тужбе). Иако у важећем Закону о привредним друштвима није изричито предвиђено да је могуће истовремено поднети индивидуалну и деривативну тужбу, што је био случај у Закону из 2004, сматра се да је то могуће.[62] Ако акционар прода акције пре него што је друштво (или акционари деривативно) тужило лице са посебним дужностима, не може се оспорити да је акционар претрпео штету која је различита од оне коју је претрпело друштво и која не може бити анулирана подношењем тужбе за рачун привредног друштва. Ситуација није иста ако компанија не поднесе захтев за накнаду штете, као ни акционари деривативно, јер штета у том случају не може бити два пута накнађена.[63] Подношење тужбе

58 *Ibid*., 202.

59 С. Цигој, „Чл. 155. Штета“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Б. Благојевић, В. Круљ), I књига, Савремена администрација, Београд 1983^2, 540.

60 Тако М. Вуковић, 44.

61 Посредно оштећено лице је нпр. удовица, која својом вољом носи црнину, па је штета заправо трошак црнине удовице. Ј. Радишић, 202.

62 М. Васиљевић, *Корпоративно управљање изабране теме*, Удружење правника у привреди Србије, Београд 2013b, 240.

63 Постоје мишљења да захтев за накнаду рефлексне штете треба усвојити када компанија не може поднети тужбу, ако се поравнала са штетником или не жели да поднесе тужбу и када акционар прода акције пре него што компанија поднесе тужбу. B. J. de Jong, 117 118.

због пада вредности акција не искључује право друштва или акционара да поднесу тужбу против лица са посебним дужностима. Закон о привредним друштвима не даје смернице у погледу тога како поступити када акционар поднесе индивидуалну тужбу због пада вредности акција, када друштво или акционари деривативно могу поднети тужбу за накнаду штете против лица са посебним дужностима (није протекао рок, друштво се није одрекло тужбеног захтева). Уколико би индивидуална тужба због пада вредности акција била усвојена без обзира на то да ли друштво или акционари деривативно могу поднети тужбу због повреде дужности против лица са посебним дужностима, принцип равноправности акционара био би нарушен, при чему би били оштећени други стејкхолдери и само друштво. Дакле, тужбени захтев акционара за накнаду штете због пада вредности акција треба усвојити само уколико не постоји могућност да друштву буду накнађена штета због повреде дужности (укључујући и тужбу поднету од стране стечајног управника). С друге стране, треба усвојити тужбени захтев акционара за накнаду штете коју су акционари претрпели повредом дужности према друштву, која се не састоји у паду вредности акција или изостанку раста те вредности, без обзира на то да ли постоји могућност да друштву буде накнађена штета због повреде дужности.

Рефлексну штету могу претрпети повериоци и други стејкхолдери, а не само акционари.[64] Акционар може поднети индивидуалну тужбу када је друштву дао обезбеђење за његов дуг.[65] Може се поставити питање да ли акционари имају право на подношење индивидуалне тужбе ако су штету претрпели у другом својству, нпр. када је акционар поверилац друштва или запослени.[66] Правило о забрани накнаде рефлексне штете у британском праву примењује се и када акционар претрпи штету у другом својству, нпр. као запослени или поверилац.[67] Ипак постоје и супротна мишљења појединих судија према којима акционарима не треба ускратити то право, осим када се ради о једночланом друштву.[68] Према Закону о привредним друштвима нема сметњи да та штета буде накнађена.

[64] H. de Wulf, 1538.

[65] S. Griffin, (2010), 462.

[66] C. Mitchell, „Shareholders' Claims for Reflective Loss", *The Law Quarterly Review*, January 2004, 474.

[67] P. L. Davies, S. Worthington, 663.

[68] Вид. детаљније C. Mitchell, 474 475.

5. ОДГОВОРНОСТ ДРУШТВА

Привредно друштво одговара за штету коју трећем лицу проузрокује његов орган у вршењу или у вези са вршењем своје функције према нормама Закона о облигационим односима.[69] Да ли друштво може бити тужени када штету акционару проузрокује лице са посебним дужностима као један од чланова органа друштва (нпр. контролни акционар као члан скупштине), тј. да ли се појам органа може схватити у ширем смислу? Требало би прихватити шире тумачење, према којем би тужени могло бити и друштво, без обзира на то што је штетник члан органа, а не орган друштва у формалном смислу, будући да друштво има право на регрес од лица које је штету проузроковало намерно или крајњом непажњом и да би према природи ствари требало да буде поузданији дужник.

Према правилима облигационог права, тужени може бити само друштво, али не и члан органа друштва. У споровима поводом накнаде штете коју тужиоцу проузрокује орган правног лица у вршењу или у вези са вршењем својих функција судови третирају директоре акционарског и других друштава искључиво као заступнике друштва, тј. као лица која нису пасивно легитимисана у спору против правног лица за накнаду штете.[70] Примена правила о одговорности предузећа за штету коју запослени у раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу (акционару), у ком случају тужени може бити не само друштво већ и запослени ако је штету проузроковао намерно, може доћи у обзир ако је тужени извршни директор као лице које је запослено у друштву.[71] Правнотеоријски, тужени може бити и извршни директор, а не само привредно друштво. Ипак, директоре привредног друштва судови не сматрају запосленим у контексту одговорности предузећа за штету коју запослени проузрокује трећем лицу у раду или у вези са радом.[72] Стога, одговорност послодавца за запосленог није прав-

---

[69] ЗОО, чл. 172. Вид. нарочито М. Васиљевић (2013b), 236.

[70] „Наиме, узимајући учешће у вођењу дисциплинског поступка против тужиље, тужени Р. М. као директор туженог предузећа, није поступао у своје име и за свој рачун, већ напротив, као инокосни пословодни орган, у име и за рачун туженог предузећа, вршећи функцију директора предузећа. Накнаду нематеријалне штете због незаконитог престанка радног односа тужиља може да захтева само од туженог предузећа као послодавца, што произилази из члана 172 став 1 ЗОО, по којој правно лице одговара за штету коју његов орган проузрокује трећем лицу у вршењу или у вези са вршењем својих функција.“ Из Пресуде Окружног суда у Ваљеву, Гж. 731/2008 од 21.11. 2008.

[71] ЗОО, чл. 170, ст. 1 и 2.

[72] „Неосновано је инсистирање у жалби на примени одредбе члана 170 став 2 ЗОО по којој оштећеник има право захтевати накнаду штете и непосредно од запосленог ако је штету проузроковао намерно, јер се по налажењу Окружног суда, под појмом запослени не подразумева физичко лице, када вршећи функцију

норелевантна у контексту индивидуалне тужбе. Може се закључити да је Законом о привредним друштвима оправдано предвиђен шири круг пасивно легитимисаних лица по индивидуалној тужби.

Прихватање става да акционар може тужити друштво за штету коју му проузрокује члан органа друштва, одражава се и на одређење да ли је одговорност друштва одговорност за другог. Одговорност за другог представља одступање од општег принципа да свако одговара за штету коју је другоме проузроковао.[73] Одговорност послодавца за запосленог сматра се примером одговорности за другог.[74] Закон о облигационим односима у истом одељку уређује одговорност послодавца за запосленог и одговорност правног лица за штету који проузрокује његов орган. Одговорност за штету коју проузрокују органи друштва поједини аутори не сматрају одговорношћу за другог, јер органи испољавају вољу друштва, па су радње органа његове радње.[75] Имајући у виду да је подношењем индивидуалне тужбе могуће тужити чланове органа друштва који не поступају као привредно друштво, већ у личном својству (нпр. повреда забране конкуренције), ради се о одговорности за другог. Одговорност привредног друштва за штету коју проузрокује члан његовог органа – лице са посебним дужностима схваћена као одговорност за другог, не може бити субјективна јер за утврђивање одговорности није неопходно да постоји сопствена кривица привредног друштва. Не може бити речи о грешци у избору (*culpa in eligendo*), јер друштво не бира лица са посебним дужностима, нпр. контролне акционаре ни директоре, о грешци у надзору (*culpa in vigilendo*), јер правила о посебним дужностима постоје да би се заштитило привредно друштво и секундарно чланови друштва, али не и лица изван друштва, ни о грешци у погледу давања упутстава за обављање посла (*culpa in instruendo*), јер лица са дужностима поступају у своје име и за свој рачун кршењем дужности. Дакле, одговорност друштва за штету коју члановима друштва проузрокују лица са посебним дужностима према основу одговорности је објективна.

директора поступа као орган правног лица." Из Пресуде Окружног суда у Ваљеву, Гж. 731/2008 од 21.11.2008. „За материјалну штету коју претрпи запослени због незаконитог упућивања на плаћено одсуство не одговара директор предузећа, јер је незаконито решење донео у вршењу функције инокосног пословног органа, а не као физичко лице." Сентенца из Пресуде Врховног суда Србије, Рев. II 728/2003 од 18.6.2003, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, бр. 1/2004, стр. 90.

[73] Вид. М. Константиновић, 107.

[74] М. Караникић Мирић (2013), 62 63.

[75] Вид. о дилеми у М. Константиновић, 117 118; С. Цигој, „Чл. 172. Одговорност правног лица за штету коју проузрокује његов орган", *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Б. Благојевић, В. Круљ), I књига, Савремена администрација, Београд 1983², 620; М. Караникић Мирић (2013), 63 64.

Питање активне легитимације акционара у спору против привредног друштва такође може бити спорно, имајући у виду да одредба чл. 172 служи за заштиту трећих лица. Конкретно, може се поставити питање да ли се под трећим лицима могу подвести чланови друштва, који су заштићени нормама закона којим се уређују привредна друштва, или само лица изван друштва. Ако је сврха норме заштита само лица изван друштва, оправдан је став да се не ради о одговорности за другог. Критеријум везе са привредним друштвом у погледу активне легитимације је неприхватљив, јер би онемогућио запослене, а не само акционаре, да поднесу тужбу против друштва. Смисао одредбе чл. 172 је, између осталог, да за штету треба да одговара лице које има више средстава.[76] Стога, појам трећих лица не треба схватати рестриктивно.

Да ли је одговорност друштва за проузроковану штету члану друштва од стране лица са посебним дужностима према извору обавезе уговорна или вануговорна? Иако постоји ранији правни однос између друштва и његових чланова, право члана на накнаду штете не произилази из кршења обавезе друштва према члану, у ком случају би се право члана на накнаду штете могло сматрати модификованом обавезом из тог односа, већ постоји независно од тог односа. Дакле, одговорност друштва према акционару за штету коју му проузрокује лице са посебном дужностима је вануговорна.

6. ЗАКЉУЧАК

Право акционара на накнаду штете коју му проузрокује лице са посебним дужностима према привредном друштву повредом посебних дужности могуће је реализовати комбинованом применом правила компанијског и облигационог права. Компанијскоправна индивидуална тужба је тужба коју подноси члан друштва у своје име и за свој рачун против лица са посебним дужностима ради накнаде штете које му то лице проузрокује повредом посебних дужности према друштву. Индивидуална тужба је средство правне заштите акционара и у упоредним правима. Одговорност лица са посебним дужностима за проузроковану штету акционарима је уговорна одговорност јер постоји ранији правни однос између лица са посебним дужностима и акционара. Обавезе директора према акционарима и обавезе једних акционара према другима произилазе из функције директора, односно својства члана друштва. Имајући у виду да је према Закону о привредном друштвима неопходно да је штета настала повредом посебне дужности, услови одговорности лица са посебним дужностима су штета, противправност која обухвата кривицу и узрочна веза.

[76] М. Караникић Мирић (2013), 219.

Имајући у виду да у нашем праву не постоје ограничења у погледу штете, заштита акционара је обезбеђена у већој мери него што је то потребно. Тужбени захтев акционара за накнаду рефлексне штете треба усвојити само уколико не постоји могућност да друштву буде накнађена штета због повреде дужности јер би у супротном био нарушен принцип равноправности акционара, а други стејкхолдери и само привредно друштво оштећени. Стога, треба предвидети у Закону о привредним друштвима да акционари немају право на накнаду штете због пада вредности акција или изостанка раста те вредности уколико постоји могућност да друштву буде накнађена штета настала повредом посебних дужности.

Индивидуална тужба може бити поднета против привредног друштва применом норми Закона о облигационим односима. Требало би прихватити шире тумачење, према којем би тужени по индивидуалној тужби могло бити и друштво, без обзира на то што штету није проузроковао орган друштва, него члан органа, будући да друштво има право на регрес од лица које је штету проузроковало намерно или крајњом непажњом и да би према природи ствари требало да буде поузданији дужник. Одговорност привредног друштва за штету коју акционару проузрокује лице са посебним дужностима је вануговорна иако постоји ранији правни однос између њих, јер право акционара на накнаду штете не произилази из кршења обавезе друштва према акционару.

Jelena Lepetić

Lecturer
University of Belgrade Faculty o Law

SHAREHOLDER'S PERSONAL ACTION

Summary

The focus of this paper is on the right of shareholder to file an individual suit. At the outset, the notion of shareholder's personal claim is examined from the perspective of both the Serbian and comparative law, followed by the author's analysis of the issues of liability of persons with company law duties for damages inflicted upon the shareholders' assets in breach of their duties. The particular emphasis of the paper is on the conditions related to the liability regime and the wrongfulness in Serbian Company Law, as well as the issue of (in)adequacy of shareholder's right to damages because of decrease or no increase in the share value (reflec-

tive loss). Following this discussion, the paper delineates the potential amendments in the Serbian Companies Act pertaining to exclusion of shareholder's right to damages for reflective loss in situations where the company (or shareholders derivatively) has a standing to sue the wrongdoer for the breach of company law duties. Finally, the author touches upon the company liability issues for damages inflicted to the shareholders by members of its organs, concluding on the topic of the actual extent of protection given under the Serbian Company Law and inadequacies of the accepted solutions that the existing regime provides.

Key words**:** *Personal Action. – Liability of Persons With Company Law Duties. – Reflective loss. – Liability of Company.*

УДК 347.62 ; 271.2-45

Мр Зоран Деврња*

ВАНБРАЧНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ   КАНОНСКОПРАВНА ПЕРСПЕКТИВА

У другој половини XX века у порасту је број ванбрачних заједница. Истовремено се смањује интересовање младих за брак као традиционалан облик животног саживљавања. Црква покушава да успостави дијалог са савременим човеком и његовом измењеном интимном и социјалном праксом. Очигледна је потреба да обновљеним богословским процењивањем Црква превреднује свој однос према ванбрачним заједницама као до сада недовољно канонски и пастирски промишљаним искуством.

Кључне речи: *Ванбрачна заједница. Конкубинат. Кохабитација. Свештеност брака. Слободна воља.*

1. УВОД

Тражећи одговор на питање једног свештеника да ли би озакоњење његовог црквеног брака, а са становишта државе ванбрачне заједнице која је трајала пуних 17 година,[1] представљало канонски прекршај, суочио сам се с чињеницом да данас по питању ванбрачних заједница у Цркви имамо толико различитих и често арбитрарних ставова, док у прошлости, када је постојала извесна нормативна принципијелност, то није био случај. Охрабривши свештеника да

* Аутор је асистент на катедри за Канонско право на Православном богословском факултету Универзитета у Београду, *zdevrnja@bfspc.bg.ac.rs*

[1] Брак је склопљен средином деведесетих прошлог века када друштвена опасност кривичног дела из чл. 239 КЗ СР Србије „закључења брака од стране верског службеника пре него што је то учињено пред државним органом“ више није постојала. Неколико година после црквеног венчања младожења је рукоположен за свештеника, а његов брак је за државу остао ванбрачна заједница. Његово питање се односило на канонске последице побрачења његове ванбрачне заједнице која је у свести Цркве представљала потпуни брак. Цео „случај“ је изузетак од правила да се најчешће у брак ступа пред матичарем, а тек потом у Цркви.

озакони пред државним органима свој већ социјално афирмисани и веома стабилни црквени брак, остало је отворено неколико питања: Када настаје брак? Да ли Црква склапа брак или га само прихвата и освећује? Да ли је Црква у обавези да прихватити освећење само законитог брака или то може да учини и са ванбрачном заједницом, како је она виђена очима позитивног породичноправног законодавства, као у случају са почетка?

Ванбрачне заједнице су све присутнија друштвена реалност. Од седамдесетих година прошлог века, у друштвима западног и у основи јудео-хришћанског цивилизацијског круга, повећава се учесталост ванбрачних заједница.[2] Са друге стране, смањује се број склопљених бракова, а повећава се просечна старост супружника. Савремена социолошка истраживања показују да постоји више чинилаца који демотивишу младе да ступају у брак. Британска социолошкиња К. Кирнан (*Kathleen Kiernan*) сматра да су сиромаштво, социјално условљена немогућност развода већ прекинутог брака, неповерење у институцију брака после развода, идеолошки разлози и особена поткултурна оријентација, и социјална маргинализованост и отуђеност, нарочито заступљени у великим урбаним центрима и изолованим руралним областима, били доминантни разлози који су условили формирање ванбрачних заједница.[3]

Посматрајући феномен неформалних животних заједница мушкарца и жене у савременом друштву можемо издвојити три препознатљива облика ванбрачних заједница: 1. краткотрајне ванбрачне заједнице (саживот као пролазно и привремено искуство), 2. ванбрачне заједнице као предворје брака (пробни брак), и 3. ванбрачну заједницу као трајну животну везу (алтернатива законском браку). Имајући у виду обим и садржај трајних животних заједница мушкарца и жене које нису законски брак (трећа групација), Н. Лендејл (*Nancy Landale*) издваја као постојанија и трајнија два облика заједничарења: 1. договорну животну заједницу (*consensual union*) у којој мушкарац и жена учествују сагласно и добровољно, и 2. заједнички живот (*cohabitation*).[4] Иако бисмо обе заједнице могли назвати ванбрачним оне се ипак за нијансу разликују по степену и обиму међусобне интегрисаности и међузависности партнера, а у пракси и по дужини трајања. Одлика договорне животне заједнице

2 Tiziana Nazio, *Cohabitation, Family and Society*, published by Routledge, New York, USA 2008, 3 5.

3 Kathleen Kiernan, „Cohabitation in Western Europe: Trends, Issues, and Im plications,“ *Just Living Together: Implications of Cohabitation for Children, Families, and Social Policy,* Pennsylvania State University, eds. Alan Booth & Ann C. Crouter, published by Lawrence Erlbaum Associates Inc., Mahwah, NJ, USA 2002, 3.

4 Nancy Landale, „Contemporary Cohabitation: Food for Thought“, *ibid.,* 35.

је, поред полних односа, заједничког становања и вођења заједничког домаћинства, као општих и истоветних особина обе заједнице, такође и рађање деце, што није нужно одлика кохабитације као заједнице живота двоје различитог пола.[5]

Договорна животна заједница двоје различитог пола, која као облик заједништва представља алтернативу законском браку, односно неформална је замена за брак (ванбрачна заједница), представља циљ нашег интересовања. Она може настати, поред већ наведених разлога који се социолошким истраживањем могу верификовати, и због постојања извесне социопсихолошке одбојности према брачном формализму или због тога што је у неким законодавствима ванбрачна заједница статусно изједначена са брачном. Са друге стране, заједнички живот, односно кохабитација, због непостојања заједничког потомства, краћег трајања и нешто мањег обима социјалне међузависности и интегрисаности ванбрачних партнера, иако се у реалности пројављује као препознатљива животна веза, теже се фактички и правно идентификује и као таква из перспективе пастирске праксе и канонског предања Цркве је теже уочљива и у мањој мери прихватљива. Уколико таква заједница прерасте у ванбрачну заједницу, како је напред описано, подлеже истим критеријумима канонске легитимизације, а уколико се степен животне интегрисаности партнера у кохабитацији смањи или заједница престане да постоји онда као таква престаје да буде у домену интересовања канонског права.

Пред каноничаре се данас постављају четири веома значајна питања, из области породичноправних односа, везана за *оцерковљење* ванбрачних заједница: 1. Какав је однос Брачних правила СПЦ, као важећег канонско-брачног документа наше помесне Цркве, према ванбрачним заједницама? 2. Какав је правни третман ванбрачних заједница у савременом породичноправном законодавству? 3. У чему је идентитет црквеног брака? и 4. На који начин се савремена канонска свест, богословски и правно *прочишћена*, односи према ванбрачним заједницама?

2. ОДНОС БРАЧНИХ ПРАВИЛА СПЦ ПРЕМА ВАНБРАЧНИМ ЗАЈЕДНИЦАМА

Брачна правила СПЦ јесу документ којим су нормативно уређени брачни односи чланова Српске православне цркве. Наведени документ донео је Свети архијерејски сабор на 23. седници одржаној 9. јуна 1933. у Сремским Карловцима, а ступио је на снагу 1. септем-

[5] *Ibid.*

бра 1934. и још увек је на снази.[6] У периоду између два светска рата у Краљевини Југославији ванбрачне заједнице нису биле правно признате, што не значи да нису постојале иако су, имајући на уму тада доминирајући друштвени морал, сигурно биле веома ретке. Будући да су ове животне заједнице мушкарца и жене биле тада актуелним законом забрањене[7] и Брачна правила СПЦ заузимају према њима исти став. У § 126 Брачних правила СПЦ ванбрачни однос (конкубинат) дефинише се као „заједнички живот и трајна полна заједница два лица разнога пола која нису везана тајном црквеног брака."[8] У наведеној дефиницији се јасно идентификује ванбрачни однос као трајна заједница која полним саживљавањем, заједницом живота и осталим карактеристикама *изображава* брак. Једини недостајући елемент који ванбрачни однос чини нелегитимним, са становишта Брачних правиле СПЦ, јесте одсуство свете тајне црквеног брака. Ово је разумљиво у контексту времена у којем је донет овај документ када није постојало начело лаицитета у уређивању брачних односа и када је постојала равноправност у форми склапања брака пред државним и верским телима. У наставку § 126 наглашава се „дужност црквених власт да предузму све неопходне мере да се ванбрачна заједница претвори венчањем у брачну" или, уколико не постоји таква могућност, „да се раскине". Оваквим ставом Брачна правила СПЦ су на становишту да је ванбрачна заједница само фаза, у заједничком животу двоје различитог пола, која претходи браку. У противном, уколико она нема тај карактер, Брачна правила СПЦ је квалификују као неприхватљиву и, већ у наставку истог параграфа, прописују ванбрачним партнерима „казне за црквену кривицу", а децу рођену у таквој заједници сматрају за „незакониту".[9]

Као што је раније споменуто, Брачна правила СПЦ су још увек важећа за уређење брачних питања унутар СПЦ. Осам деценија ауторитативног важења једног документа би можда говорило о његовом квалитету и исцрпности, међутим сматрамо да то, у погледу овог документа данас, није случај. За протеклих осам деценија друштво се веома променило, социјални етос такође, законски прописи којима је уређена материја брачног права су претрпели многе измене, побољшани су и прилагођени савременим друштвеним приликама, тако да су Брачна правила СПЦ остала усамљена у својој системској

[6] Мањи број норми Брачних правила СПЦ стављен је ван снаге одлукама Светог архијерејског синода СПЦ из 1946. и 1961. године.

[7] Марина Јањић Комар, Р. Кораћ, З. Поњавић, *Породично право*, Номос, Бео град 1995, 118.

[8] Брачна правила СПЦ, 54.

[9] „Незаконитост" деце рођене у ванбрачној заједници је један од показатеља превазиђености неких решења у Брачним правилима СПЦ.

изолованости као какав нормативни археолошки реликт и као таква потребују темељну нормативну и богословску ревизију.[10]

По завршетку Другог светског рата и увођењем начела лаицитета у уређивање брачних односа значајно се сузио оквир деловања и надлежности Брачних правила СПЦ. Сама чињеница да је Црква изгубила аутентичну надлежност у тој области довела је до тога да се ни путем корекције Брачних правила СПЦ није могао значајније променити став канонског предања о многим питањима из брачног живота. Одредба која је била садржана у чл. 239 Кривичног закона СР Србије, која је садржала опис кривичног дела „закључења брака од стране верског службеника пре него што је то учињено пред државним органом,“[11] у потпуности је онемогућавала било какво самостално, аутентично и на канонском предању засновано преиспитивање односа Цркве према специфичном феномену из домена брачних односа као што је ванбрачна заједница. Будући да савремено законодавство Републике Србије не даје грађанској форми брака временски приоритет у односу на црквену форму, данас се у великој мери отвара простор обнови интересовања канонског права за феномен ванбрачних заједница.[12] Друге одредбе непромењених Брачних правила СПЦ су у потпуности искључивале могућност стварања било каквог простора за препознавање ванбрачних заједница као подобних за рецепцију. Од три брачна услова предвиђена § 11 ванбрачне заједнице су задовољавале само први, *различитост полова*, док други и трећи, *пуноважна изјава воље за ступање у брак* и *венчање у облику прописаним Црквом,* због природе саме заједнице и због већ наведених законских ограничења није било могуће задовољити.

Из до сада наведеног закључујемо да Српска православна црква не поседује канонски документ који би представљао нормативни основ за препознавање ванбрачне заједнице као условно подесне за рецепцију, и из те перспективе посматрано оне су за њено позитивно канонско законодавство непостојеће.

Да ли је, с једне стране, овакав став неопходност и нужност, а с друге, да ли доводи до арбитрарности, разноликости и произвољности у практичном односу црквених ауторитета према ванбрачним заједницама? Поред тога, поставља се и питање да ли нам богословље Цркве и на њему засновано канонско предање и историјска пракса омогућавају да феномен ванбрачних заједница сагледамо из другачијег и афирмативнијег угла?

[10] Вид. ауторов текст, Зоран Деврња, „Брачна правила критички осврт и коментари“, *Српска теологија данас 2009*, ИТИ ПБФ, Београд 2010, 350 359.

[11] М. Јањић Комар *et al.,*67.

[12] Слободан Панов, *Духовни и световни брак у Србији*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2013, 96.

3. ПОРОДИЧНИ ЗАКОН СРБИЈЕ О ВАНБРАЧНИМ ЗАЈЕДНИЦАМА

Однос према ванбрачним заједницама је у законодавствима већине европских држава[13] до средине XX века традиционално био рестриктиван, у највећој мери због доминантног утицаја римокатоличког канонског предања после Тридентског сабора.[14] Уколико нису од стране законодавца игнорисане, ванбрачне заједнице су забрањиване. Основ за неприхватање ванбрачних заједница је препознат у њиховом несагласју с теолошком интерпретацијом хришћанског етоса у епохи позног средњовековља и тада преовлађујућом моралном праксом.[15] Још од промена које је увео у брачно законодавство Лав Мудри у X веку, у Византији, и Сабора у Тренту у другој половини XVI века на Западу, у друштвима и законодавствима европских народа привилегован је само (црквени) брак. За разлику од тог периода данас су ванбрачне заједнице један од заступљенијих начина организовања животних заједница двоје различитог пола. Проф. Панов наводи резултате истраживања спроведеног у Енглеској који показују да данас готово 80% парова живи у ванбрачној заједници пре закључења брака.[16] Слична је ситуација и у другим земљама западне цивилизације. Имајући на уму напред наведено Црква је данас, на известан начин, у изнуђеној ситуацији да преиспитује свој однос према ванбрачним заједницама.

У овом раду желимо да истражимо који су то услови који ванбрачну заједницу чине законски и канонски препознатљивом и признатом и да ли је она, као таква, адекватна за црквену рецепцију?

Актуелни Породични закон Србије (ПЗС) у ст. 1, чл. 4 дефинише ванбрачну заједницу као „трајнију заједницу живота жене и мушкарца, између којих нема брачних сметњи." У ст. 2 истог члана прописује се да „ванбрачни партнери имају права и дужности супружника под условима предвиђеним овим законом (ПЗС)."

Закон издваја три условљавајућа и конституишућа елемента неопходна да би ванбрачна заједница била законски препозната и призната.[17] То су:

---

[13] У Француској су Грађанским закоником из 1804 (Code Civil) напуштеном ванбрачном партнеру дата извесна права на компензацију из заједничке имовине после напуштања од стране другог ванбрачног партнера; вид., T. Nazio, 70.

[14] Göran Lind, *Common Law Marriage A Legal Institution for Cohabitation,* Oxford University Press, 2008, 4.

[15] Marija Draškić, *Vanbračna zajednica građanskopravna dejstva zajedničkog života izvan braka,* докторска теза, Правни факултет БУ, 1987, 205.

[16] С. Панов, *Породично право,* Правни факултет Универзитета у Београду, 2010, 147. фн. 410.

[17] *Ibid.,* 144 145.

1. заједница живота;

2. дужина трајања животне заједнице;

3. непостојање законом предвиђених брачних сметњи.[18]

Ванбрачна заједница се препознаје констатацијом њених сличности са браком. Оно што карактерише и једну и другу заједницу јесте јединство живота мушкарца и жене. У реалном животу, у начину постојања брачне и ванбрачне заједнице, није уочљива и не би требало да буде уочљива, различитост. Различитост између ових заједница јавља се у погледу неопходног нивоа формализма за њихов настанак. У брак се ступа слободном вољом под условима који су прописани законом. Исто тако, на законит начин брак престаје. С друге стране, ванбрачна заједница настаје спонтано израженом слободном вољом ванбрачних партнера без повиновања законском формализму прописаном за настанак брака. Слободна воља је, као што се може видети, неопходна за настанак и брачне и ванбрачне заједнице. За настанак брака услов је да слободна воља буде изречена јавно у законској форми пред овлашћеним представником надлежних институција,[19] док у случају ванбрачних заједница довољно је да она буде спонтано испољена изван било каквих конститутивних форми.

Заједница живота, као прва конституента ванбрачне заједнице такође је одлика и брачне заједнице. За разумевање овог услова за постојање ванбрачне заједнице неопходна је поредбена аналогија са браком који, на основу чл. 16 ПЗС, за циљ и сврху има заједницу живота. Поред тога, у чл. 25 истог закона, заједница живота брачних другова наводи се као њихова дужност. Уколико није склопљен ради остваривања заједнице живота супружника брак се, на основу чл. 32, ст. 1 ПЗС, сматра ништавим. Иако није прецизно прописано шта све подразумева заједница живота ванбрачних и брачних партнера полази се од претпоставке да су то: емоционална повезаност, економска солидарност и заједничко подношење социјалних обавеза, полни односи и рађање заједничког потомства.[20] Заједница живота на основу одредби ПЗС не подразумева нужно живот „под истим кровом“.

[18] М. Јањић Комар *et al.,*116 117. За разлику од Панова аутори наводе, имајући у виду тада актуелни ЗБПОС, пет одређујућих елемената који условљавају постојање ванбрачне заједнице. То су: 1. да је животна заједница мушкарца и жене (различитост полова); 2. да се испољава као свеобухватна заједница живота; 3. да је заједница једног мушкарца и једне жене (моногамост); 4. да је постојана и трајна заједница, и 5. да се отворено испољава у јавности, односно да није тајена заједница. Иако детаљније наводе услове ипак закључујемо да су сви они садржани у три услова који су у наведени тексту.

[19] Чл. 15 ПЗС.

[20] Anne Barlow, Simon Duncan, Grace James & Alison Park, *Cohabitation, Mar riage and the Law Social Change and Legal Reform in the 21th century,* Hart Publish ing, Oxford and Portland, Oregon, 2005, 86.

Ванбрачни партнери, исто као и брачни, могу споразумно водити одвојени живот, а да заједница живота и даље постоји. На основу претходног Закона о браку и породичним односима Србије (ЗБПОС) било је предвиђено да „живот под истим кровом" буде *conditio sine qua non* постојања ванбрачне заједнице.[21] Без заједнице живота „под истим кровом" ванбрачна заједница би се сматрала непостојећом.[22] Данас то није случај што у многоме отежава идентификовање ванбрачне заједнице, а последично њену рецепцију у светотајинско искуство и канонско предање Цркве чини пастирски компликованијом.

Актуелни Породични закон Србије ванбрачну заједницу види као „трајнију заједницу живота жене и мушкарца". Термином „трајнија" непрецизно се одређује временска категорија у постојању ванбрачне заједнице. У претходном закону (ЗБПОС) ванбрачна заједница била је дефинисана као трајна што је указивало да је формирана да би трајала, односно да приликом њеног неформалног конституисања није смео унапред бити одређен рок њеног трајања, јер би у противном била сматрана непостојећом.[23] Међутим, још је проф. Младеновић сматрао да елемент трајности не би требало да буде услов за постојање ванбрачне заједнице.[24] На истом трагу је и савремени ПЗС инсистирајући више на мотивисаности и психолошкој интенцији ванбрачних партнера ка заједничком животу као конститутивној чињеници за признавање ванбрачне заједнице, него на трајности заједнице.[25] И ово решење ПЗС, заснивајући препознавање ванбрачне заједнице на доказивању „субјективне намере и унутрашњих аспирација"[26] а не на њеној трајности, отежава законско препознавање ванбрачне заједнице, а још више њену канонску верификацију.

Трећи конститутивни чинилац ванбрачне заједнице је, по ПЗС, непостојање брачних сметњи између ванбрачних партнера. И у овом случају се ванбрачна заједница структурише аналогно браку. Све брачне сметње које би, уколико постоје, ванбрачним партнерима онемогућиле склапање брака, истовремено им онемогућавају

21 М. Јањић Комар *et al.*, 116; С. Панов (2010), 144.

22 Ljiljana Đurović, *Porodično pravo*, Nomos, Beograd 1994, 92.

23 Трајност и постојаност ванбрачне заједнице су њено конститутив но својство и без њих она не постоји. Наведена својства ванбрачне заједнице не искључују могућност њеног престанка, већ само указују да приликом њеног настан ка није постојала тежња ка ограничавању њеног трајања. У тренутку накнадног пре станка наведених својстава престаје да постоји и сама ванбрачна заједница, што не поништава њен дотадашњи идентитет и правне последице које је произвела.

24 M. Mladenović, *Porodično pravo u Jugoslaviji,* Službeni list SFRJ, Beograd 1991, 215.

25 С. Панов (2010), 145.

26 *Ibid.*

формирање ванбрачне заједнице. Једина од брачних сметњи која би у случају ванбрачне заједнице била теже препозната јесте брачност,[27] односно по аналогији са браком на принципу моногамности заснован услов да се не може бити у ванбрачној заједници услед постојања брака или неке друге ванбрачне заједнице. Принцип моногамности је обавезујући и за формирање ванбрачне заједнице као и за формирање брака будући да његово нарушавање апсолутно доводи у питање циљ и сврху склапања ванбрачне заједнице, односно брака. Међутим, тумачења законских решења могу бити разнолика и контроверзна управо због непотпуности и непрецизности законских одредби,[28] и као таква веома дестимулишућа и покушају рецепције ванбрачних заједница у канонско-правно искуство Цркве.

Поред наведена три конститутивна принципа за признавање ванбрачне заједнице веома је важно и питање начина на који се она манифестује у јавности. Ванбрачна заједница би фактички требало да се испољава као брак. То би значило да ванбрачна заједница не сме да буде скривена од погледа јавности. Уколико би партнери изграђивали тајни однос ради остваривања неких других циљева, а не ради заједнице живота, тада не би било могућности за законску верификацију ванбрачне заједнице. Тајена ванбрачна заједница би производила исте негативне последице по верификацију и из перспективе канонског права.

Актуелни Породични закон Србије својом формулацијом, у ст. 2, чл. 4, „да ванбрачни партнери имају права и дужности супружника под предвиђеним законским условима“, омогућава изједначавање, у обиму правних могућности, ванбрачне заједнице са брачном, односно партнере у ванбрачној заједници поистовећује са супружницима не само у имовинскоправним односима већ и у „личноправној сфери породичних односа“.[29] То значи да ПЗС изједначава у свему ванбрачну и брачну заједницу, ванбрачне партнере и супружнике и то не само у односима из породичноправне сфере већ и у свим другим областима права.[30] Овакав став законодавца, иако рађа мноштво питања из правне теорије и праксе, умногоме доприноси идентификацији

---

[27] Чл. 17 ПЗС.

[28] С. Панов (2010), 145 146, фн. 407. и 408.

[29] *Ibid.,* 146.

[30] Проф. Панов сматра да изједначавање ванбрачних партнера са су пружницима и изван породичноправне сфере, а што је сасвим могуће закључити тумачењем постојећих одредби ПЗС, недопустиво. Вид., *ibid.* Јасан став законодавца и потом доследна судска пракса би у многоме олакшала поступак канонског идентификовања и легитимисања ванбрачних заједница. Без јасних и прецизних законских формулација и неуједначене судске праксе Црква би се нашла у пастирски веома захтевној и ризицима, неадекватном категоризацијом неформалних животних заједница мушкарца и жене, бременитој ситуацији.

ванбрачне заједнице из перспективе канонског права. Наиме, свака трајна животна заједница мушкарца и жене, међу којима нема брачних сметњи, би на основу постојећих законских норми била препозната као ванбрачна заједница у којој су партнери изједначени са правима и дужностима супружника у брачној заједници, и као таква би могла бити реципирана у светотајинско искуство Цркве без нарушавања њеног канонског поретка и свештеног етоса.

Да би напред наведени став био потпуно разумљив неопходно је да објаснимо шта је у основи црквеног идентитета брака.

4. ЦРКВЕНИ ИДЕНТИТЕТ БРАКА

У свом двомиленијумском трајању Црква је заживела у мноштву различитих народа, обичајних традиција, друштвених и правних система, а оно што ју је одликовало у свим епохама била је њена спремност да вођена својим духовним и богословским предањем прихвати институцију брака у оној форми и садржају који су били карактеристични за сваку од тих заједница. Светописамско сведочење о присуству Господа Христа на свадби у Кани Галилејској, а потом и поимање брака у посланицама апостола Павла[31] указују на отвореност ране Цркве да реципира брак који је настао у контексту разнородних и разноликих обичајних норми или законских формалности. Поред римског права и Мојсијевог (Старозаветног) закона, шведски правник Г. Линд (*Göran Lind*) набрајајући најзначајније изворе средњовековног канонског права, наводи такође и обичајно право Германа,[32] које је у великој меру утицало на формирање црквеног поимања брака на Западу, крајем I миленијума хришћанства. Нешто слабији утицај на развој хришћанског разумевања брака имало је обичајно право Словена на истоку и југоистоку Европе, будући да су у областима које су постепено насељавали затекли већ у великој мери формиране социјалне и правне институте веома развијеног друштва Византије, које су постепено прихватали у процесу дуге и борбене социјалне интеграције.

Канонско право и литургијска пракса наглашавају два суштинска елемента хришћанског брака: а) свештеност[33] и б) слободу воље.[34]

---

[31] Вид. ауторов текст, Зоран Деврња, „Новозаветно поимање брака“, *Црквене студије 6,* Центар за црквене студије, Ниш 2009.

[32] G. Lind, 90.

[33] Уместо термина „свештеност“ у литератури се често користи израз „света тајна“ или „сакраменталност“.

[34] Приликом навођења битних одлика црквеног брака правници наглашавају уговорни однос и сакраменталност (вид., М. Младеновић, 117). У овом раду стојимо

4.1. Свештеност брака

Свештеност, односно потврђеност и афирмисаност светим тајнама Цркве, примарно је одређење хришћанског брака. Апостол Павле је у Посланици Ефесцима поистоветио брак с односом Христа и Цркве,[35] и на тај начин трасирао духовне и појмовне смернице будућим генерацијама хришћана у односу према браку. Већ у наредној генерацији тзв. Апостолских ученика Игнатије Антиохијски у Посланици Поликарпу наглашава да законито брачно сједињење постаје заједница „по Господу, а не по похоти“ када је „са знањем епископа“.[36] У канонима Василија Великог изражава се конститутивна веза литургије и брака. Наиме, Василије указује да се нелегитимност у процесу склапања брака одражава и на црквени статус супружника. Брак који не може да буде законски признат не може бити ни освештан тако да подлеже ништавости, а супружници црквеној санкцији. О континуитету свештеног предања о браку говори и једанаести канон Тимотеја Александријског[37] у којем се такође испољава евхаристијска утемељеност свештености брака. У Цркви источнохришћанског предања сећање на литургијску укорењеност брака задржаће се до средине XV века[38] и пада Византије и хришћанских држава на Балкану.

Од теолога западнохришћанске традиције само код Тертулијана проналазимо директно указивање на свештени идентитет брака.[39] Тертулијан истиче два извора свештености брака: 1. стварање човека и жене[40] и 2. поређење брака с односом Христа и Цркве,[41] позивајући се на апостола Павла. Два века касније Августин развија идеју брачне свештености која није директно везана за литургију. Свештеност је за Августина једна од три врлине[42] које су иманентне браку.[43] Он у нераскидивости брака првенствено види светотајинско својство које

на становишту да је уместо уговорног карактера брака боље и прецизније навести слободну вољу супружника као конститутивни чинилац брака будући да је сам појам слободне воље, поред своје правне димензије, израз с наглашеним богословским идентитетом којим се најдиректније указује на човекову боголикост.

[35] Еф5,25 29; 31 32.

[36] Игњатије Антиохијски, *Посланица Поликарпу* 5, 2.

[37] Тимотеј Александријски, канон 11.

[38] Никола Кавасила, *О животу у Христу,* Беседа, Нови Сад, 2002, 122; *Душа нов законик* § 2 .

[39] Tertullian, *To his Wife (Ad uxorem),* book 2, chapter 8 .

[40] Пост1,26 28; 2,21 25.

[41] Tertullian, *On exhortation to chastity,* chapter 6.

[42] Поред нераскидивости, за Августина су основне врлине брака рађање и верност.

[43] Augustine, *On Genesis,* book IX, chapter 7.

брак симболично поистовећује са нераскидивошћу заједнице Христа и Цркве.[44] Ово је кључно утицало на формирање ванлитургијске, односно етичке и јуридичке димензије брачне свештености, што ће одредити и савремени став Римокатоличке цркве према браку.[45]

На Истоку је дуго негована свест о неопходности везе брака и литургије као извора свештености брака, док је у западној традицији та веза била надомештена моралном и законском подобношћу као довољним критеријумом брачне „сакраменталности“. Важно је нагласити да су и једна и друга традиција валидним сматрале брак који је склопљен слободном вољом брачника.

Ова чињеница нас обавезује да објаснимо значај слободне воље као другог конститутивног елемента хришћанског брака.

4.2. Слободна воља

У периоду Републике у Римском царству преовладавао је брак са *manus*-ом што је омогућавало да *paterfamilias* својом вољом конституише брак лица која су *alieni iuris.*[46] Престанком брака са *manus*-ом, крајем периода Републике и почетком Принципата,[47] воља супружника добила је на значају тако да су они слободном вољом ступали у брак, односно без њихове сагласности брак није могао бити склопљен.[48] Слободна воља супружника постаје суштински елемент брака.

Василије Велики у својим канонима преузима овакав концепт брака наглашавајући неопходност постојања слободне воље да се ступи у брак. Канони 38, 40 и 42 виде сагласност *paterfamilias*-а кључном за валидност брака. Свети Василије је на становишту да би склапање брака, упркос несагласности *paterfamilias*-а*,* представљало блуд што последично узрокује привремено искључење супружника из Цркве.[49] Сагласност *paterfamilias*-а легитимише брачну заједницу и услов је њене свештене рецепције. У 41. канону Василије Велики инсистира на конститутивном значају слободне воље удовице, која је лице *sui iuris*, да склопи брак, што поред правног значаја представља основ моралне, правне и црквене легитимизације њене брачне везе. Из до сада наведених канона Василија Великог закључујемо да је слободна и сагласна воља за брак, било *paterfamilias*-а, било самих

[44] Augustine, *On Marriage and Concupiscence,* book I, chapter 11(X).

[45] G. Lind, 90.

[46] Percy Ellwood Corbett, *The Roman Law of Marriage,* Oxford 1930 / Scientia Verlag Aalen 1979, 62.

[47] Обрад Станојевић, *Римско право*, Номос, Београд 1990, 135.

[48] Percy Ellwood Corbett, 56.

[49] Василије Велики, канон 38.

супружника, од Цркве прихваћена као израз Божије воље што је услов који омогућава светотајинску рецепције брака.

Значај слободне воље за легитимизацију брака у епохи антике, а која ће касније бити прихваћена и у Источном Римском царству, најлепше је изразио чувени римски правник Улпијан максимом: *Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*, односно, „Брак не чини суживот већ сагласност.“[50] Ову дефиницију преузима, уз мале модификације, и свети Јован Златоусти: *Matrimonijum non facit coitus, sed voluntas,* или „Брак не чини полни однос већ воља“.[51] Неопходност у јавности изречене слободне воље за брак се односила на *coemptio*, док је у случају *usus*-а недостатак изречене воље надомештен јавним саживљавањем супружника током једне године.

Ова традиција је присутна и данас тако да савремена породичноправна законодавства такође захтевају свечану форму изражавања слободне воље за ступање у брак. На овај начин установљени брак је и Цркви прихватљив, односно правна легитимизација брака представља предуслов у процесу афирмације његове црквене валидности. Већ смо рекли да је непоштовање оваквог поступка током друге половине XX века у законодавству многих држава санкционисано као кривично дело.[52]

Будући да смо навели како је правна легитимизација брака предуслов за његову црквену рецепцију, на исти начин је и легитимизација ванбрачних заједница неопходан чинилац у процесу апсорпције тих заједница у свештено и канонско искуство Цркве. Зато нам се намеће обавеза да одговоримо на питање какав су правни и канонски третман имале ванбрачне заједнице у прошлости.

5. ОДНОС ПРАВА И КАНОНСКОГ ПРЕДАЊА ПРЕМА ВАНБРАЧНИМ ЗАЈЕДНИЦАМА ДО ЕПОХЕ ПОЗНОГ СРЕДЊОВЕКОВЉА

У епохи класичног римског права ванбрачна заједница, или *concubinatus* била, је законски призната[53] животна заједница мушкарца и жене који нису испољавали тзв. *affectio maritalis*, или нису поседовали *ius conubii*. Закони *Lex Iulia et Papia Poppaea*[54] сваки ванбрачни однос квалификују прељубом или блудом, а легитимизују

50 Ulpian, *Digesta 35. 1. 15.*

51 Преузето од С. Панов (2010), 72.

52 Чл. 239 Кривичног закона Социјалистичке Републике Србије.

53 G. Lind, 72 73.

54 Тзв. Кадукарни закони, донео их је император Октавијан Август с циљем моралног и статусног опоравка породице и враћања достојанства браку. Одликовали

само конкубинат.[55] Конкубинат је препознат као подесна форма да се избегне обавезан брак, који је био прописан наведеним законима, а са друге стране омогућавао је да се конституише заједнице живота са лицем са којим је брак био забрањен.[56] Пет стотина година касније Јустинијанова законодавна реформа[57] укида брачне забране за жене нижег социјалног положаја које су ради свог статуса биле правно примopaне да ступају у конкубинатске везе, тако да конкубинат губи своју статусну основаност и почиње да се разликује од брака само у степену изражавања *affectio maritalis.* Правна дискриминација конкубина и њихове деце имала је за циљ да у периоду ране Византије стимулише преображај конкубинатских заједница у брак.[58] Сваки облик заједничког живота мушкарца и жене сматран је за брак. Конкубинат се могао идентификовати само изричитим ставом мушкарца и жене да заједница у којој живе није брак. На тај начин је законски афирмисано саживљавање у облику конкубината и са статусно слободном женом.[59]

Црква није могла да занемари конкубинатске заједнице у којима су живели хришћани. Римски епископ Калист почетком трећег века дозвољава рецепцију конкубинатских заједница које су установљене између хришћана и хришћанки који нису могли да склопе брак због статусних препрека. Код извесних црквених отаца постојали [60] су оспоравајући ставови о конкубинатским заједницама засновани на претпоставци о њиховој неморалности. Канонско предање сабора у Елвири [(306) канон 44[61]] и Толеду (400)[62] легитимизује поступак рецепције конкубинатских заједница на тај начин што не искључује из Црквене заједнице онога ко живи у конкубинату. Исто чини и

су се изразитом репресивношћу према онима који нису у браку или имају везу која није брак те је стога третирана као прељуба или блуд.

55 M. Draškić, 10 11.

56 *Ibid.,* 11.

57 *Codex Iustiniani*, book V, Title IV „Concerning Marriage", 23. The Emperor Justinian to Demosthenes, Praetorian Prefect.

58 M. Draškić, 11.

59 *Ibid.,* стр. 12.

60 Познат је критички став који је према конкубинатским заједницама имао Иполит Римски, у првој половини III века, или двеста година касније Лав Римски.

61 44. канон сабора у Елвири (306) говори да бивша проститутка која ступи у брак и тражи пријем у Цркву треба да буде прихваћена без одлагања. Вероватно да је „брак" у којем је бивша проститутка пре конкубинат него законски брак. Сличне примере поистовећивања конкубината са браком имамо код Василија Великог.

62 G. Lind, 114; сабор у Толеду *Ceterum is qui non habet uxorem et pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur* „Дакле, који нема жену, већ за жену има конкубину, да не буде одлучен од заједнице (причешћа)".

Василије Велики у својим канонима.[63] У позном средњем веку ово питање поново побуђује интересовање каноничара, с дијаметралним исходом. *Алфавитна синтагма,[64]* спомиње у негативном контексту *непорочне наложнице* које нису биле законите жене али су представљане као супруге.[65] У истом периоду настаје *Душанов законик* који предвиђа стриктну забрану ванбрачних заједница.[66]

На Западу конкубинатске заједнице нестају с одлукама Тридентског сабора 1563. године[67] чиме Римокатоличка црква врши апсолутизацију црквеног брака.[68]

6. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Као што смо већ изложили однос према ванбрачним заједницама је кроз историју био амбивалентан. У неким правним системима су ванбрачне заједнице игнорисане, до епохе позног средњовековља су у облику конкубината биле признате иако правно дискриминисане, често су биле забрањиване, или су напротив стимулисане, као што је био случај са „фактичким браком"[69] у Совјетском Савезу. У одређеним епохама ванбрачне заједнице биле су веома ретке, док је насупрот томе било периода када је њихов број нагло растао. Оно што у највећој мери одређује став Цркве према ванбрачним заједницама јесте чињеница њихове препознатљивости и прихваћености унутар друштва и правног система државе. Из претходно наведеног уочавамо да докле год је заједнички живот мушкарца и жене, било у браку било ван брака, био правно признат однос, Црква није имала никакав проблем да такву заједницу прихвати имајући на уму своје разумевање брака као слободног и вољног свештеног приноса верујућих супружника с циљем остваривања њиховог трајног саживљавања у искуству

---

[63] Василије Велики у неколико својих канона признаје статус брака оним заједницама које то нису могле бити по закону, већ су једино могле постојати као конкубинат или животна заједница робова *contubernium.* Вид. Канон 53.

[64] *Алфавитна синтагма* је настала у првој половини четрнаестог века (1335). Аутор је светогорски јеромонах Матија Властар.

[65] M. Draškić, 16.

[66] Душанов законик, § 3 „Ниједна свадба да се не учини без венчања, а ако се учини без благослова и упита цркве, такови да се разлуче."

[67] G. Lind, 90.

[68] M. Draškić, 14; вид. такође, www.papalencyclicals.net The Council of Trent 1563, Session twenty forth Doctrine on the Sacrament of Matrimony; Chapter I, Decree on the Reformation of Marriage; chapter VIII, Concubinage is severely punished, 193 198; вид., *Osnovi socijalnog učenja Katoličke crkve*, Beogradska nadbiskupija, Beograd 2006, § 227.

[69] С. Панов (2010), 74.

црквене благодати. Оног тренутка када је у прошлости Црква преузела на себе улогу да нормира и формира брак суочила се са изазовима удаљавања од сопственог свештеног наслеђа, тако да је своје виђење човека и начинā изражавања примарних социјалних форми, као што су брак и породица, разоденула од сопственог етоса и литургијског предања и обукла у правно рухо. Од тог тренутка Црква као да више светотајински не преображава и есхатологизује принос реалног природног, правног и социјалног заједништва мушкарца и жене, већ га конституише својим обредом. Чињеница да у нашем друштву већ неколико деценија не постоји факултативна форма брака, односно да се спроводи начело лаицитета у брачним односима, иако на први поглед делује маргинализујуће и дискриминишуће, у ствари Цркви омогућава да феномен заједничког живота мушкарца и жене сагледа кроз призму своје аутентичне антропологије и сотириологије, и у светлости свог литургијског и канонског предања. Поред тога, начело лаицитета у уређивању брака, као позитивна и Цркви прихватљива тековина савременог друштва, отвара и питање еклисијалног статуса оних заједница које правни поредак не препознаје као брак, а из канонске перспективе су легитимне. Ово питање постаје још актуелније када имамо у виду велике промене које се дешавају у свести и етосу савременог човека, а које се директно рефлектују на заједнички живот двоје различитог пола. Иако Црква из свог најдубљег богословског промишљања животну заједницу мушкарца и жене може видети само као трајну заједницу која свој смисао не остварује само у историји већ се простире и на план вечности, данас смо сведоци жалосне реалности да је та заједница у кризи, и као брачна и као ванбрачна, код хришћана као и код оних који то нису. У том смислу је неопходно учинити значајан напор да се код хришћана формира исправна свест о значају брачне љубави за сведочење Христовог подвига спасења од зла и смрти, и да се на тај начин подстицајно утиче на стварање позитивног односа у друштву према браку. Са друге стране и друштво би требало да препозна све слабости у савременом правном регулисању брака и да омогући онима који брачни формализам желе да избегну, а ипак теже ка образовању трајних животних заједница, да своје заједнице могу, без сувишних административних препрека, да региструју и на тај начин озваниче и ставе у дефинисан правни оквир,[70] који је и у њиховом интересу. Када Црква изврши свештену рецепцију заједнице мушкарца и жене, која се у правној сфери испољава као брак или ванбрачна заједница, тада им она дарује благодат којом, уколико је усвоје, могу да усавршавају своју заједницу љубављу, међусобним поверењем, саодговорношћу и солидарношћу с циљем прослављања Бога који им дарује историјско и вечно *добробитије*. У том смислу Црква не може бити условљена

[70] О могућим правним решењима којима би се озаконило неколико модела фактичког саживљавања мушкарца и жене; вид., G. Lind, 1074 1085.

правним признавањем или не признавањем ове или неке друге форме животних заједница мушкарца и жене. Са друге стране, поуздана и адекватна правна идентификација и класификација постојећих животних заједница омогућава Цркви да из разноликог мноштва издвоји, на основу правних и канонских критеријума, оне заједнице које су адекватне за рецепцију, односно оне које су трајне и жељене (вољне), а које се, од оних који их изграђују, са вером приносе у њено светотајинско окриље. У том смислу брак и све оне животне заједнице које су установљене ради трајног саживљавања, без постојања законских и канонских брачних сметњи, могу бити од Цркве прихваћене као оне које имају потенцијал да посведоче смисао који је браку дао Христос. Наиме, у Цркви ванбрачна заједница не постоји, већ је она реалност правног разумевања заједнице мушкарца и жене. Црква процењује, на основу својих богословских и канонских критеријума, да ли нека животна заједница мушкарца и жене јесте или није подесна за свештену рецепцију, било да је брак или ванбрачна заједница. Свака заједница која је подобна за рецепцију представља благодатно „једно тело“ и заједница је „по Богу“. Колики је степен правног формализма присутан у свакој од њих, питање је за државу и њен правни поредак. У сваком случају, држава би требало да формира такав нормативни амбијент[71] у којем би поред брака и свака друга трајна заједница мушкарца и жене, која задовољава законске услове, могла бити правно прихваћена и призната поступком административне регистрације[72] или закључењем ванбрачног уговора између самих партнера.[73] Са друге стране, Црква би требало да смело омогући свештено побрачење не само законитог брака већ и оних ванбрачних заједница које су установљене као трајне, а које задовољавају услове законске верификације. Исто тако Црква не може да освешта ону заједницу која не може на основу позитивног права да се конституише као брак или ванбрачна заједница. На тај начин би се пружила могућност многима који не желе формални брак већ трајну неформалну животну заједницу да, као верујући чланови Цркве, без канонских препрека усаврше своје заједништво њеним харизматским даровима, а са друге стране би се онемогућила црквена „верификација“ оних облика заједништва који су у супротности са законом. Повећани сензибилитет породичноправног законодавства и реформа норматива садржаних у Брачним правилима СПЦ омогућили би лакше и поузданије досезање тог циља.

---

[71] О значају и формама нормативног регулисања ванбрачних заједница погледати: T. Nazio, 70 72.

[72] О потреби увођења иновативних правних решења која би задовољила измењену друштвену реалност по питању настанка, социјалне улоге и престанка ванбрачне заједнице и брака погледати студију: Anne Barlow *et al.,* 85 91.

[73] Michael G. Cochrane, *Do We Need a Cohabitation Agreement?*, published by John Wiley & Sons Canada, Ltd., Mississauga, Ontario 2010, 75 104.

Zoran Devrnja, Th.M.

Assistant Lecturer
University of Belgrade Faculty of Orthodox Theology

NON-MARITAL UNIONS   CANONICAL PERSPECTIVE

Summary

Rate of non-marital unions was increased in the second half of the 20th century. Simultaneously, interest for traditional marriage was decreased. Church is trying to establish the dialogue with contemporary man in his modified intimacy and social practice. It's obvious there is a necessity to reassess Church's attitude toward non-marital unions as insufficiently canonically and theologically deliberated experience.

Key words: *Non-marital union. – Concubinage. – Cohabitation. – Sacrament of marriage. – Free. – Volition.*

Др Борис Беговић*

СТОГОДИШЊИЦА ПОЧЕТКА ПРВОГ СВЕТСКОГ РАТА

У потрази за изгубљеним временом: поглед са стране на савремену светску историографску литературу

Посвећено успомени на Сима Беговића (1871−1953)

Margaret MacMillan, T*he War That Ended Peace: How Europe Abandoned Peace for the First World War*, Profile Books, London 2013, 699.

Charles Emmerson, *1913: In Search of the World before the Great War*, Vintage Books London 2013., 528.

Max Hastings, *Catastrophe 1914: Europe Goes to War*, William Collins, London 2013, 628.

Sean McMeekin, *The Russian Origins of the First World War.*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2013, 344.

Sean McMeekin, July 1914: *Countdown to War.*, Icon Books, London 2013, 560.

Christopher Clark, *The Sleepwalkers: How Europe Went to War in 1914*, Allen Lane, Penguin Books, London 2012, 697..

David, Fromkin, *Europe's Last Summer, Why the World Went to War in 1914*, Vintage Books, London 2005, 349.

Annika Mombauer, *The Origins of the First World War, Controversies and Consensus*, Routledge, London 2002, 272 (преведено као: *Узроци Првог светског рата: спорења и сагласности*, Clio, Београд 2013, 226).

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *begovic@ius.bg.ac.rs*.

Стогодишњица избијања Првог светског рата (Великог рата, како се некад звао и како се данас све чешће поново назива) прилика је да савремена светска историографија наново усредсреди своју пажњу на почетак рата који представља једну од највећих тектонских промена у савременој историји. Промену чије су последице обележиле XX век, која је отворила пут злу, ако не и довела до многих зала тог века и чије се последице осећају до данашњих дана. Штавише, није потпуно неуверљива тврдња да се тај рат, са становишта последица, још увек није завршио у неким деловима света. Који су узроци Првог светског рата? Како је и зашто дошло до његовог избијања? Да ли се могао предупредити? Да ли постоји кривац или више њих, без обзира на то да ли је реч о појединцима или нацијама? Ни сто година од почетка катастрофе из 1914, како гласи наслов једне од књига из овог приказа, нисмо сигурни у одговоре на ова питања, а под знак питања се наново стављају неке уобичајене истине о почетку овог војног сукоба.

Сасвим очекивано, оволико отворених питања и то у време стогодишњице Првог светског рата довело је до појаве великог броја радова на тему његовог почетка и узрока који су до њега довели. Сва та дела, писана на енглеској језику, између осталог и како би се до максимума увећало тржиште, представљају велике комерцијалне издавачке подухвате. Самим тим, није реч се о књигама које су намењене ускостручној публици посвећених историчара, које ће бити приказане у неколико ускостручних часописа и којима ће бити посвећене конференције далеко од очију медија и јавности. Реч је о томе да ове књиге великог тиража морају да допру до широке читалачке публике и да остваре друштвени утицај далеко изван круга посвећених професионалаца. Због тога аутори, све и да су хтели, нису имали избор, већ су морали да начин излагања и стил писања прилагоде образованим неспецијалистима, попут аутора овог приказа. Све књиге наведене у овом приказу лако се читају, држе пажњу читаоца, и готово да се, бар неке од њих, могу упоредити са добро написаном белетристиком. Трагајући за начином да се широка читалачка публика привуче, односно да се задржи, аутори су понекад тражили аналогије између догађања од пре сто година и данашњег времена, користећи догађаје који су релативно скоро били ударне вести у медијима и који могу да задрже пажњу савременог (западног) читаоца, не толико заинтересованог за, рецимо, прилике у Босни или Србији пре сто година, а можда и неспособног да дуже задржи пажњу на нечему што није 11. септембар, Ал каида, Авганистан или бар Хезболах. Овакав приступ, међутим, тешко да се може прихватити са методолошког становишта – стога неминовно долази до грешака када се доносе вредносни судови о нечијој улози у прошлом времену на основу данас уобичајених модела вредности, нарочито у запад-

ном свету, где и живи највећи број читалаца оваквих књига. Отуда паралела између, на пример, Младе Босне и данашњих исламских фундаменталиста или паралела између тадашње Србије и данашњег Ирана, независно од тога што је слабо утемељена у чињеницама, у условима у којима је медијска слика данашњег Ирана (са разлогом или без њега) у потпуности негативна, изазива, односно позива и на такав однос према Србији неког другог времена.

Такође, у највећој мери се користе секундарни историјски извори, тако да се добро познате чињенице само интерпретирају на нови начин – траже се нови углови посматрања. Нема чаробног штапића, осим, бар у одређеној мери, код Макмикина; нема нових докумената који бацају потпуно ново светло на време од пре сто година. То је потпуно разумљиво – протекло је сто година, па је рударски део посла у највећој мери завршен. Треба имати разумевања за оне који су разочарани тиме што нису пронађени документи који недвосмислено окривљују или ослобађају историјске кривице неку страну, али на њихову жалост ствари једноставно тако стоје и с тим се треба помирити. Поготово када се током потпуно слободног приступа српским архивама у два наврата (1915 1918. и 1941 1944) није пронађено ништа што би недвосмислено повезивало српске власти за сарајевски атентат.

Отуда је сасвим очекивано да се савремена историографска литература у великој мери своди на поновно преиспитивање чињеница и њихово сагледавање у новом светлу. Занимљиво је, међутим, шта чини то ново светло. Кларк, на пример, јасно ставља до знања да то ново светло чини оно што се у међувремену догађало, нарочито они савремени догађаји којима је још увек заокупљена широка јавност. Примера ради, Кларк тврди да данас, свесни свих тешкоћа са којима се суочава Европска унија, имамо далеко више симпатија за Аустроугарску монархију, а тврди и да, после Сребренице и опсаде Сарајева, имамо далеко мање разумевања за српско национално ослобађање с почетка XX века и да постаје теже размишљати о Србији једино као о објекту или жртви политике великих сила. Остаје, чине се, отворено питање оправданости оваквог стављања у контекст догађаја од пре сто година. Тим пре што исти аутор не нуди објашњење савремених догађаја, већ их само набраја, нити залази у компаративну анализу извора структурних проблема Европске уније и Аустроугарске монархије, на пример, што би несумњиво било интересантно и релевантно, већ се задржава на исказу да данас имамо више симпатија за потоњу. Независно од тога што је Кларк у погледу тих симпатија, чини се, прво лице једнине неоправдано претворио у прво лице множине, треба указати на то да је историографија као наука ипак намењена спознаји стварности онаква каква је она некад била,

а не њеном вредносном сагледавању и исказивању симпатија са становишта данашњих доминантних вредности, ма какве оне биле.

Још је занимљивији поступак у коме се савремена догађања користе као својеврстан репер за вредновање или чак оправдавање некадашњих – поступак који Кларк користи упоредном анализом аустроугарског ултиматума Србији из 1914. и тзв. мировне понуде (предлога уговора) из Рамбујеа 1999. године и тврдње да су услови наведеног ултиматума били блажи.[1] Независно од тога да ли је то тачно, то нема никакве везе са природом ултиматума из 1914. Најгоре од свега, овакав поступак нам не омогућава да разумемо понашање заинтересованих страна у једном и у другом случају, нити сазнајемо нешто више о подстицајима којима су били изложени они који су доносили одлуке, нарочито имајући у виду да се током више од осам деценија које раздвајају ове догађаје много тога променило у међународним односима. Ако ништа друго богатији смо за колективно искуство од скоро сто година. И то какво – искуство светских ратова, холокауста, нацизма, комунизма, речју најцрњег тоталитаризма, атомске бомбе и света на ивици нуклеарног рата. Па није ваљда да све то не утиче на начин на који данас свако од нас размишља, без обзира на то ко је тај који доноси неку конкретну одлуку.

Независно од прилично велике повике која се око тога диже, ревизија историографије је сасвим природан процес. Не морају да се откривају нова документа – и стара могу да се интерпретирају на нове, алтернативне начине и питање је, не да ли долази до ревизије историографије, него да ли нам таква ревизија омогућава да боље разумемо прошло време и да, самим тим, боље разумемо време у коме живимо и дубље спознамо свет око нас. У случају Првог светског рата, међутим, тај процес ревизије је специфичан, као што то јасно показује Момбауерова, будући да је питање немачке ратне кривице постало политичко питање у тој земљи још током трајања рата (изгледа да главни немачки актери нису имали илузија о сопственој улози, а ни о исходу рата), а нарочито после Версајског мировног уговора и на тај начин утврђене немачке ратне кривице као основе за ратне репарације. Будући да је Немачка била још једанпут у XX веку у центру пажње светске јавности (овог пута није било дилеме о њеној ратној кривици), отворило се питање о нацизму као природном континуитету немачког, пре свега пруског милитаризма, или као некој чудној аберацији, до које је дошло у изузетно специфичним околностима Вајмарске републике. Заиста, уколико Немачка није била кривац за Први светски рат, онда теза о континуитету немачког

[1] Поред књиге која се приказује, ово поређење се, из потпуно непознатих разлога, може наћи у Кларковој биографији цара Вилхелма II. Заиста, остаје мистерија у погледу садржаја везе Кајзера са конференцијом у Рамбујеу. Вид.: Chris topher Clark, *Kaiser Wilhelm II, A Life in Power*, Penguin Books, 2009, 304.

милитаризма и ауторитаризма губи на уверљивости – Хитлер, онда, не би био део немачке политичке традиције, већ се на челу државе нашао сплетом околности.

Вероватно да је последња велика ревизија историографије, односно последњи велики обрт у питању тумачења узрока Првог светског рата дошао у Немачкој са Фишеровом контроверзом, будући су тада нови документи до којих дошао Фишер,[2] укључујући и тзв. Септембарски програм,[3] довели до научних и не само научних сукоба, пре свега у Савезној (тада западној) Републици Немачкој. Није била само наука у питању, како показује Момбауерова, него су се у расправу укључиле категорије издаје, националне свести и све друге категорије које никако не спадају у академску полемику. Размотрене књиге, осим у одређеној мери Хејстингсове и, на специфичан начин, Фромкинове, не прихватају изворну Фишерову тезу, да је постојала јасна немачка стратегија, односно доследан политички план да се ратом Европа стави под немачку доминацију,[4] а у складу с традицијом пруског државотворног милитаризма. То, само по себи, међутим, не значи да не постоји немачка ратна кривица, односно да Немачка није желела да започне рат, независно од наведеног циља.

Но, пођимо редом: од најновијих књига, па према онима које су објављене нешто раније. Књига Маргарет Макмилан, не само да је најновија, него и свакако најсадржајнија, једина заиста свеобухватна књига међу приказаним. Структура књиге одговора ономе што је ауторка поставила себи као циљ, а то је одговор на питање, не зашто је започео рат, већ зашто је нестао мира. Наиме, непосредно у години почетка Првог светског рата, Европа бележи сто година раније незабележеног мира (уз мање инциденте попут Кримског и Француско-пруског рата). То је време великог, дотад незабележеног технолош-

[2] Fritz Fischer, *Griff nach der Weltmacht*, Droste Verlag und Druckerei GmbH, Düsseldof, 1961. Преведено на енглески као: *Germany's Aims in the First World War*, W.W.Norton, New York, 2007 (1967).

[3] Према том програму, један од немачких ратних циљева био је: „Морамо да створимо Централноевропски економски савез као царинску унију која би укључивала Француску, Белгију, Холандију, Данску, Аустроугарску, Пољску, а можда и Италију, Шведску и Норвешку. Тај савез не би имао никакав наднационални орган власти и све чланице Савеза би биле формално једнаке, али у стварности би тај савез био под немачким вођством и он мора да одржи немачку економску доминацију над *Mitteleuropa*", наведено на основу: Nail Ferguson, *The Pity of War 1914 1918*, Penguin Books, London 2009 (1998), 171. Наслов поглавља Фергусонове књиге („The Kaiser's European Union"), мада не толико његов садржај, посвећен доказивању да је улазак у рат 1914. године био стратешка грешка Велике Британије, упућује на могуће слич ности данашње ЕУ и немачких ратних циљева из 1914. године.

[4] Постојање немачког ратног плана, познатијег као Шлифенов план, ван је сваке разборите сумње, мада се и на том плану у последње време појављују неки, додуше не баш превише озбиљни изузеци. Вид.: Terence Zuber: *The Real German War Plan 1904 14*, The History Press, Stroud, Gloucestershire, 2011.

ког, економског и друштвеног напретка. Књига почиње са том новом Европом 1900. године и Светском изложбом у Паризу те године, а ауторка тврди да је у међународним односима тог времена напуштена концепција игре са нултом сумом и да превладава концепција да се сарадњом та сума може увећати. Ипак, Макмиланова нас враћа у корене те Европе, од којих је најјачи немачко уједињење три деценије раније, али и политички одлазак Бизмарка и немачко удаљавање од његове концепције парцијалних и уравнотежених савезништва Немачке са суседима, пре свега Русијом.

Рат није био неизбежан, понавља Макмиланова на више места, а објашњење због чега је до њега ипак дошло гради слагањем коцкица у мозаик: формирањем савезништава која су довела до успостављања биполарног света; света супротстављених алијанси које су кренуле у рат. Пролази се кроз историју англо-француских односа, англо-руских, франко-руских и немачко-аустријских. Свако од великих играча имао је своје стратешке интересе и ауторка детаљно анализира стратешка размишљања сваког од њих, која су довела управо до оваквих, а не до неких других савезништава. При томе, највећи играчи играју своје стратешке игре дијем тада већ глобализованог света, па се англо-руска „велика игра“ одвија у подножју Хималаја и Кини, а англо-француска у Судану, Индокини и централној Африци.

Макмиланова пролази кроз све значајне међународне кризе које су претходиле почетку Првог светског рата и јасно показује да рат није дошао из ведра неба, већ да су се тензије јасно осећале. Прва и друга мароканска криза, италијанско преузимање Либије, анексија Босне, Балкански ратови, блискоисточна криза, како се тада називало све оно што је долазило са слабљењем и распадом Османске царевине – све су то кризе које су, савременим финансијским речником речено, биле стрес-тестови за мир у Европи тог времена. Европа је издржала све стрес-тестове до атентата у Сарајеву. А да није попустила на том стрес-тесту, вероватно би пала већ на следећем, потпуно је јасно из излагања Макмиланове.

Велика пажња је, с пуним правом, посвећена англо-немачкој трци у поморском наоружању, као вероватно пресудном појединачном чиниоцу које је довео до рата, и складно је анализиран стратешки утицај те трке на оно што је створило основу за то да се Британија ипак определи да прихвати савезништво са Француском и Русијом и, коначно, да уђе у рат против Немачке. Макмиланова је јасно показала колико је тај немачки неизнуђен и беспотребан потез довео до отуђења Велике Британије као природног савезника Немачке – немачка доминација на копну није угрожавала британску доминацију на мору и обрнуто. А овај случај Макмиланова је добро искористила за анализу начина на који је немачка војно-политичка елита доно-

сила (погрешне) одлуке. Кроз ту трку у наоружању види се много ствари: нејасно стратешко размишљање, површно познавање друге стране и лоше предвиђање њене реакције, огромна амбиција и прилично погрешно резоновање.

Занимљив је приступ, примењен и у ранијим књигама ове ауторке,[5] да се историја сагледава разматрањем личности које су доносиле кључне одлуке. Тако се добијају лепи портрети политичке и војне елите тог времена, попут истинског пацифисте и марљивог политичара француског социјалисте Жореса, али и попут не баш савршено уравнотежене личности Вилхелма II, депресијама склоног Молткеа млађег (начелника немачког генералштаба) или најблаже речено живописног лика Конрада фон Хецендорфа (начелника аустроугарског генералштаба). На свим странама се види прилично мало ширине у размишљању, неинвентивност, учмалост, незапитаност и историјска неодговорност. Не ради се о томе да су они који су доносили одлуке били убеђени да до рата неће доћи, него се ради о њиховој убеђености да ће тај рат бити кратак и да ће се ратни циљеви неизоставно брзо постићи. На оним местима на којима су аналогије са савременим или бар каснијим дешавањима (у начину доношења стратешких одлука, на пример) не само могуће, него и потребне, њих, нажалост, нема, осим на једном месту. Ипак, аналогија са кубанском кризом из 1962. године и то у погледу односа војног и политичког врха и њихових кључних личности у одлучивању, веома занимљива тема, помиње се и то прилично површно. Иако се одлучује да превасходно прати личности, Макмиланова се не либи да кривицу за рат алоцира на народе, односно на земље. По њеном мишљењу, за рат су криви аустријска „лудачка жеља“ да разори Србију, немачка подршка „до балчака“ аустријским ратним жељама и руска нервоза да што пре мобилише војску.

Књига је очигледно писана под великим притиском издавача да буде објављена у ударно време, у години пре стогодишњице почетка рата. Због тога, иако књига није писана на брзину, на брзину је и траљаво одрађен уреднички посао. Једино тако се може објаснити пропуст попут „Европске заједнице за железо и челик“ (уместо за угаљ и челик, стр. 270), или формулација према којој правни саветник аустроугарског министарства спољних послова „нажалост“ (ваљда по оне који су га послали, никако по историографију) није успео да пронађе било какве чињенице у погледу умешаности тадашње владе Србије у атентат у Сарајеву (стр. 538), а аустроугарски монарх је, уместо Фрање Јосифа (који је и на слици изнад тог текста), Фрања Фердинанд (стр. 379). Ипак, овакви пропусти не умањују велику

[5] Margaret MacMillan, *Peacemakers, Six months that Changed the World: The Paris Peace Conference of 1919 and Its Attempt to End the War*, John Murrey, London, 2001.

вредност књиге. Реченица је савршено јасна, динамика текста изузетна, вуче читаоца на следећу страницу, коју с нестрпљењем окреће. Први светски рат није био неизбежан, понавља Макмиланова у овој одличној књизи, до њега су довели људи који нису схватали какав ће бити његов карактер, још мање какве ће бити последице, а они који су то макар наслућивали, нису имали храбрости да се рату супротставе (стр. 605) – у оба случаја, људи који нису били дорасли времену у коме су живели.

Може се поставити питање да ли је Емерсонова књига уопште и требало да се нађе у овом прегледу. Разлог за њено сврставање је што она представља занимљиву допуну централним књигама савремене светске историографије. Књига нуди садржајан опис света у последњој години у којој није било рата – 1913. Писац се креће од земље до земље, прецизније од града до града и описује живот у тим местима у то време. Ређају се слике о миру који може да траје још стотину година – готово да ова књига представља туристички бедекер из неких давних времена. Ипак, пажљивији читалац ове не толико занимљиве и садржајне књиге може да примети да полако али сигурно долази до промене распореда снага. Иако су европске земље, односно њихове метрополе још увек центар света, полако по ободима тог центра јачају нове земље, снаже други народи на таласу тзв. прве глобализације. Пре свега САД, али и друге земље на америчком континенту, свакако Јапан, готово непримећена Аустралија (*Down Under*), а полако се назиру и потенцијали Кине. Неки од њих ће, попут САД, после за Европу исцрпљујућег рата и доласка деструктивних политичких пројеката, попут фашизма и комунизма, заузети њено место у светским пословима, нечији успон ће, попут Кине и Индије, доћи знатно касније, а нечије перспективе ће, попут Аргентине, знатно потамнети.

Хејстигсонова књига се, по много чему, разликује од осталих које се у овом тексту приказују. Она је свакако најближа публицистици, али оној најбољој могућој. Нема фуснота и навођења извора, а у њој постоји толико много животних прича „са лица места", не само оних који су доносили одлуке, него и оних, обичних људи, који су, хтели то или не, осећали последице тих одлука. Готово да се ради о роману о 1914. години, једино што су и ликови и догађаји стварни. Књига је написана раскошним енглеским језиком, оним који данас помало нестаје, нарочито ван британских острва. Као и у сваком роману, постоје јунаци, како појединци, тако и народи: добри и лоши, једино што су сви мањи или већи трагичари – није случајно што је наслов његове књиге „Катастрофа".

За Хејстингса нема дилеме и за њега није прихватљив било какав морални релативизам: Први светски рат био је рат између до-

бра и зла. Зло је, у сваком погледу, оличено у Немачкој. Не само да је Немачка кривац за почетак тог рата, него је њена елита то учинила да би се остварила немачка политичка доминација над европским народима. За Хејстингса, за разлику од осталих аутора, не постоји још једна дилема: Фишер је био у потпуности у праву. До рата је дошло због тога што је постојао немачки политички план за тај рат. А сви који су се борили против Немачке у том рату представљају добро.

Посебно место међу онима који су на страни добра, диспропорционално њиховој војној и нарочито економској моћи, Хејстингс даје Србима и то уз дубоко поштовање. Британским читаоцима, будући да Хејстингса остали нешто мање интересују, он објашњава да су за Аустроугарску Срби било оно што су током XX века за Британију били Ирци. Једино, додаје аутор, Британија се показала издржљивијом. Једини од свих аутора, Хејстингс показује колико је 1914. година и оно што је следило била трагична за Србију. Наводећи да је један од шест становника Србије погинуо за време рата, Хејстингс закључује да је Аустрија ипак успела да казни Србију за смрт Фрање Фердинанда. Једино што је цена те казне била самоуништење аустроугарске монархије. Заиста, сукоб Аустрије и Србије, како га приказује Хејстигнс, јесте шекспировски смртни загрљај два непријатеља из кога ниједан не може да се извуче. Савременим речником речено, интереси су били толико опречни да није могао да се постигне компромис. Тек касније смо, уз погрешне политичке одлуке српске елите, постали свесни какве су биле дугорочне последице тих страшних људских губитака о којима пише Хејстингс.

Ређају се, по поглављима Хејстингсовог романа, Дрина, Лијеж, Таненберг, Марна, Ипр, да би се завршило са „последњом српском победом“ (Колубарска битка) и оним што је означило крај 1914. године „на терену“ – живот (оних који су били те среће) у блатњавим рововима. Сасвим очекиван садржај књиге за војног историчара какав је Хејстигнс. Читаоца, ипак, може понешто разочарати третман битке код Таненберга – исувише је мало материјала о том изузетно значајном догађају. Тај катастрофални руски пораз, од кога се царска армија није никада опоравила, изазван епохалном некомпетентношћу и ароганцијом официрског кадра царске армије, а не неком нарочитом изузетношћу немачке војске, независно од других последица, учврстио је мит о непобедивости те војске и врлини пруске аристократије, са фон Хинденбургом као показним моделом. Први од та два мита је разорен тачно тридесет година касније, релативно близу Таненберга, на Источном фронту. Једино што са друге стране није више била царска, већ Црвена армија. А и није било примирја, попут оног из 1918. Други мит је разорен онако неспутаним политичким успоном и опстанком нацизма.

Хејстингс је овом књигом показао да је „стара гарда“, она која, изгледа, полако нестаје. То је човек који још увек верује да можемо и морамо да повучемо црту између добра и зла и да покушај да нешто или неког разумемо не треба да значи и да га неминовно и оправдамо. То је човек за кога су храброст, посвећеност идеалима, лојалност и жртвовање за друге врлине. То је човек који верује да патриотизам није изашао из моде и да слобода представља један од темеља достојанствене људске егзистенције. То је човек који, изгледа, не схвата шта то значи израз „политичка коректност“. Хвала му на свему томе!

Макмикин у својој првој књизи, од две које су предмет овог приказа, покушава да покаже како је главни, ако не и једини кривац за Први светски рат – нико други, до Русија. То се чини са позиције империјалне Турске и велике неправде која је њој учињена комадањем некада моћног царства. А за главног лешинара, сматра Макмикин, треба да се прогласи управо Русија. Оптужује се дволични Сазонов, као да је дволичност у политици руски изум на који је та царевина имала монопол. Међутим, уколико је Русија тако јако желела рат, како онда објаснити процене немачког генералштаба да ће она тек после 1916. године бити спремна за рат (до тада је, на пример, требало да се изграде пруге у тзв. пољској избочини). Такође, како објаснити катастрофални пораз земље агресора у њеној првој бици код Таненберга – обично агресор у првим данима рата бележи победе над неспремним противником, бар Немци имају искуства у томе.

Наведену, крајње необичну тезу о искључивој руској кривици за почетак Првог светског рата, Макмикин је изложио у овој хаотично и несистематски написаној књизи, покушавши да је одбрани конфузним аргументима, уз свеприсутну жељу да се у манихејском стилу разлуче зла Русија, агресор, и добра Турска, жртва агресије. Западни фронт за Макмикина као да није постојао. Као да није постојао ни немачки ратни план, по коме је тежиште операција било на Западном фронту. Као да се није одиграла битка на Марни. Руска искључива кривица била би коперникански обрт у посматрању узрока Првог светског рата и Макмикин, млади и до ове књиге анонимни аутор, игра управо на ту карту. Доказивање или оповргавање немачке кривице је нешто што је уобичајено, то се одавно ради, али искључива руска кривица, то ће свакако допринети публицитету књиге и њеног аутора. Ипак, треба се присетити да је до Коперниковог обрта дошло због тога што је Коперник био у праву.

Исти аутор исте године објављује и другу књигу, практично дневну хронику последњих дана мира, у којој посматра ствари на потпуно другојачији начин. Нема више злих, дволичних, лукавих

и самопоузданих Руса, већ су сви који доносе одлуке сада обична људска бића, са свим својим ограничењима. Не треба више трошити речи на Макмикинове доприносе савременој историографији.

Кристофер Кларк је постао главна звезда новог историографског циклуса са својим *Месечарима* књигом која је постала нашироко позната.[6] Вероватно да је један од разлога за то што се у овој књизи јасно, можда најјасније од свих приказаних, види преплитање дисциплина: историје и међународних односа.

Но, кренимо редом. Већ на самом почетку књиге Кларк наводи да он жели да објасни „како је дошло до рата, у далеко већој мери него зашто је до њега дошло". Његово објашњење је неуверљиво – сматра да одговор на питање „зашто значи разматрање категорија попут империјализма, национализма, трке у наоружању, стварању савезништва, јавних финансија итд. Остаје нејасно чиме онда историографија треба да се бави уколико се не бави овим стварима. Независно од тога, методолошки проблем је јасан: оваква подела се може разумети у неким областима (подела на процесно и материјално право, на пример), али на аналитичком плану одговарати на питање како, а да се не анализира зашто, свакако представља ништа више од најобичније хронологије, онакве какву је написао Макмикин, а то заиста није вредно помена у разматрању историографских радова. Иако Кларк нешто касније ублажава овај свој став, брани га цитатом става бугарског историчара Будинова: „када се постави питање зашто, онда се ствари усредсређују на питање кривице". Сада су ствари нешто јасније: овакав методолошки поступак омогућава елегантно заобилажење Фишерове тезе о немачкој кривици за рат, као и кривици њених савезника, попут Бугарске. Отуда је сасвим очекиван закључака да нема кривца за Први светски рат: „Избијање рата је трагедија, а не злочин." (стр. 561).

На самом почетку књиге Кларк износи и другу занимљиву хипотезу – Први светски рат није последица некаквог дугогодишњег погоршавања међународних односа, већ последица „краткорочних шокова које је доживео међународни систем". Проблем је, међутим, у томе што су добро уређени међународни односи отпорни на краткорочне шокове – они су отпорни на стрес-тестове. Ако су краткорочни шокови срушили међународни систем, онда је „паду склон био" – није имао отпорност да такве шокове, што довољно говори о његовој рањивости. А ствари постају још апсурдније када на крају књиге од аутора сазнајемо који су то краткорочни шокови: стварање албанске државе, руска дипломатска преоријентација са Софије на Београд (стр. 557) и, наравно, пуцњи у Сарајеву. Доследно наведеној логици,

[6] Детаљан приказ Кларкове књиге сачинио је Чедомир Антић. Вид.: *Анали Правног факултета*, година LXI, 1/2013, 314 319.

следи и апсурдни закључак: узрок покоља на Вердену је стварање албанске државе. Но, овакав методолошки приступ омогућава аутору да у широком луку заобиђе озбиљну анализу свега онога што је анализирала Макмиланова: дугорочне промене у односима великих сила које су довеле до успостављања система међународних односа који су били толико погоршани да је Европа стално била на ивици преласка у ратно стање. Ничега од тога у Кларковој књизи нема. Па онда, никако, не може да постоји ни немачка ратна кривица. А све то под паролом „Како, а не зашто!“.

Највећа слабост Кларкове књиге је недостатак аргумената уз његове аподиктичне тврдње, односно њихова неубедљивост уколико их евентуално изнесе. На пример, Кларк тврди да „У сваком случају убрзана изградња немачке ратне морнарице није потиснула Британију ка ближим односима са Француском и Русијом.“ Без икаквог аргумента. Ни чињеница да је за Британију доминација морем била пресудна за питање националне безбедности, ни јасно показана британска толерантност према развоју ратних морнарица далеких земаља (САД и Јапан), ни помисао да се Британије може осетити угроженом од огромне савремене ратне морнарице недалеко од своје обале, ни одсуство било каквог повода за немачки агресивни програм поморског наоружавања, ништа од тога Кларка не дотиче. Немачка није крива и тачка. Шта ту има да се доказује!

Још је занимљивији третман познатог састанка Царског ратног савета 1912. године који познаваоци узимају као догађај којим су потврђене немачке агресивне ратне намере, отелотворене у позицији тзв. „превентивног рата“, пре него што будући противници, пре свега Русија, војно ојачају.[7] Кључни историјски извор садржаја састанка је дневнички запис адмирала фон Милера, начелника царског морнаричког кабинета, практично начелника штаба немачке ратне морнарице. Кларк тврди да овај састанак није имао никакав значај, а као аргумент у прилог тој својој тврдњи наводи закључак из дневничке белешке адмирала фон Милера, који наводи да је резултат састанка „готово нула“. Проблем је у томе што Кларк и не покушава да размишља о томе која су била очекивања адмирала фон Милера и на основу којих критеријума је он донео наведени закључак који је записао у свој дневник. Разборито је претпоставити да начелника штаба морнарице интересују оперативне ствари везане за одлазак морнарице у рат: колико ће нових бродова бити опремљено, како ће се регрутовањем повећати људски потенцијал, како ће се обучавати ново људство. Адмирале, ипак, не интересују политички закључци, већ формалне оперативне одлуке у погледу ратне морнарице коју

[7] Вид.: J.C.G. Röhl, Admiral von Müller and the Approach of War, 1911 1914, *The Historical Journal*, Vol. 12, 651 673.

воде. Уколико у том светлу посматрамо запис адмирала фон Милера, постаје јасно да се његов лапидарни закључак (вероватно) не односи на политички резултат тог састанка, а једино је такав резултат релевантан са становишта историографске анализе. То није промакло Макмилановој, која у фон Милеровим белешкама уочава фон Молткеове речи да „у рат треба ући што пре“ и Кајзеров став да ће Немачка морати да ратује против Велике Британије и Француске заједно (стр. 479).

Слабост Кларкових аргумената, тамо где постоје, општа је одлика његовог опуса. У његовој историји Пруске, на пример, може се наћи тврдња да је совјетска власт имала у односу на западне савезнике више разумевања за пруску аристократију, укључујући и официрски кадар, и правила разлику између ње и нациста, што нису чинили западни савезници, који су желели да униште Пруску као колевку немачког милитаризма.[8] Аргумент за ту тврдњу се проналази у чињеници да су совјетски медији, за разлику од западних, исказали симпатије за заверенике који су покушали да уклоне Хитлера и да је совјетска власт покушала да организује немачке јединице које би се бориле против немачке војске под командом пруских официра у оквиру Националног комитета за спас слободне Немачке. Једино што Кларк пренебрегава је то да је реч о тоталитарној власти, којој је пропаганда на првом месту (исто као и њиховом тоталитарном нацистичком противнику, пред рат савезнику, са пропагандним подухватом заснованим на генералу Власову и његовој армији) и која је наведени подухват доживљавала као пропагандну победу. Западни савезници се нису бавили пропагандом, већ разарањем пруског милитаризма, тако да нису имали потребе за таквим гестовима. А о томе колико је совјетска власт заиста разликовала нацизам од пруског милитаризма и колико је у пруској аристократији сагледавали врлину, најбоље сведочи жестина с којом је разрушено цело то подручје при крају рата и бескомпромисност с којом су из њега протерани сви Пруси. Наравно, ништа од свега тога за Кларка није битно – он и даље верује да су Руси/Совјети видели врлину тамо где нико други, осим можда њега, није. Ипак је неко имао разумевања за његову вољену Пруску, па макар то био и Стаљин!

Занимљива је Кларкова анализа претварања европског мулитполарног система савезништава, заснованог на немачкој концепцији лабавих савезништва са суседима, у биполарни свет који је и довео до избијања рата. Наравно, Кларк је у праву када каже да тај биполарни систем био потребан, али не и довољан услов, односно да он није довео до избијања рата. Тај свој став, зачудо успешно, образла-

[8] Christopher Clark, *Iron Kingdom, The Rise and Downfall of Prussia 1600 1947*, Allan Lane, Penguin Books, 2006, 674.

же указивањем на чињеницу да биполарни хладноратовски биполарни свет није довео до светског рата. У праву је Кларк када објашњава да они који су доносили одлуке и целокупна јавност, после Хирошиме и Нагасакија, нису имали илузија о томе како ће се водити нуклеарни рат и какве ће бити његове последице. У том смислу, Кларк је у праву да се ради о месечарима из 1914. Иако су знали да иду у рат, највећи број оних који су одлучивали нису имали представу какав их рат чека.

Начин на који су коришћени секундарни историјски извори у Кларковој књизи је прилично проблематичан. На пример, Кларк наводи, позивајући се на бугарског историчара Теодорова да је престолонаследник Александар после Првог балканског рата обилазио различите „македонске градове у освојеним подручјима" и разговарао са „локалним бугарским становништвом" на следећи начин. „Шта си ти?" – „Бугарин!" – „Ниси ти Бугарин. Јебем ти оца! (*sic*)".[9] Веродостојност извора, ипак, треба проверити. Није све оно што је објављено прикладно за цитирање, савет је који се даје онима који се тек припремају за научну каријеру, али се Кларк, изгледа њега не придржава. А екстензивно препричавање навода из мемоара двадесетшестогодишњег (дакле почетника) француског дипломате Луја д'Робиена (стр. 433 435) о његовим доживљајима при доласку у Санкт Петерсбург, укључујући и његову оцену локалне хране, не само да је потпуно ирелевантно, већ треба, ваљда, да послужи да се укаже на то да је тадашња Русија назадна земља и држава православног фундаментализма, не би ли се, нарочито у очима савремених нешто површнијих читалаца, које реч фундаментализам асоцира на Иран или на неко друго од савремених стереотипних зала, дискредитовала руска страна из 1914. године.

Но, може се поставити питање како то да су *Месечари*, књига са толико много методолошких слабости, постигла тако запажен успех да за многе у свету представља синоним за савремену светску историографију на тему почетка Првог светског рата. То није случајно, ради се о веома добро написаној књизи. Стил је прикладан, читаоца држи напетог, постигнута је права мера позивања на секундарне историјске изворе, а паралеле са данашњим временом су такве да задржавају пажњу оних читалаца не толико заинтересованих за време од пре једног века – Кларк је, очигледно, искусан аутор. *Месечари* су лоша, али веома добро, неко би рекао и вешто написана књига.

[9] Извињавам се читаоцима *Анала Правног факултета* на непристојности до које доводи доследно и потпуно цитирање ауторових навода (стр. 257). Кларк се при томе позива (фуснота 44 уз V поглавље) на: Ivan T. Teodorov, *Balkanskite voini (1912 1913): Istoricheski, diplomaticheski i strategichaski ocherk*, Sofia, 2007, 259 261.

Фромкинова књига, иако је објављена пре скоро десет година, ипак је ушла у избор за приказивање због свог доприноса, више дисциплини међународних односа, него историографији, и веома јасно изречених теза о узроцима Првог светског рата. Фромкин указује на једну од веома битних карактеристика Тројне алијансе, савезништва у коме је била је Немачка – везе између савезника биле су асиметричне. Несумњиви стуб те алијансе била Немачка и њена привржeност савезницима није била у питању; остала два савезника, Аустроугарска и нарочито Италија, били су и мање снаге, како војне, тако и економске, и мање поуздани партнери, односно слабије привржени том савезништву и обавезама које из њега произлазе. Немачки челници, једноставно, нису знали како ће се понашати њихови савезници када дођу тешка времена, будући да од њих нису добили нити један веродостојан сигнал у погледу преузимања усаглашених обавеза. Процењујући да је од италијанског савезништва остало мртво слово на папиру (време је показало да је реч о доброј процени), немачке власти су знале да је од пресудног значаја то да бар Аустроугарска буде њихов савезник, иначе остају сами између Француске и Русије. Стога је за њих од пресудног значаја било да обезбеде то савезништво.

Најбољи начин за то, сматра Фромкин, био је да Аустрија (Фромкин пише о Аустрији, не помињући Аустроугарску, вероватно имплицитно указујући на асиметрију у доношењу спољнополитичких и војних одлука) нападне Србију, јер ће тада од Немачке морати да тражи заштиту од Русије, српског савезника, односно заштитника. Управо на тај начин Фромкин тумачи немачко давање Аустрији одрешених руку почетком јула 1914. године, па чак и немачко незадовољство аустријским спорим припремама за рат против Србије, односно подстицање да убрза почетак рата. Једноставно, оног тренутка када Аустрија буде у рату са Србијом, нема ни помисли, због руске опасности, о напуштању савезништва са Немачком, оног од кључне важности с интегритет немачког источног фронта.

Из овога следи да је постојала стратешка сагласност између аустријских и немачких интереса. И једна и друга земља су желеле рат. Аустрија против Србије, и ништа друго је није интересовало, а Немачка против Русије, са превентивним ратом за западном фронту, како би се после пораза Француске, целокупна немачка војна сила усредсредила на Русију. Стога је и аустријско савезништво на источном фронту за немачку било од стратешког значаја у периоду дефанзиве, односно док не дође до пораза Француске и њеног избацивања из игре. За мир је потребно двоје, пише Фромкин, за рат је довољан само један, онај који жели да га започне – друга страна нема много избора. Први светски рат је за њега био аустријски и немачки,

с тим што је Аустрија, доследно својим капацитетима, желела локални рат.

У Фромкиновој књизи, као и у још неколико од приказаних, може се наћи сведочење о једној од могућих импликација сарајевског атентата. У том атентату је погинуо човек кога су многи сматрали за јединог противника рата против Србије. Изгледа да је Фрања Фердинанд био свестан да Аустроугарска не може да преживи рат, да се ради о исувише слабашној државној структури. Истину о томе, вероватно никада нећемо сазнати, али како Фромкин наводи, у тренутку када је аустроугарска војска кренула на Србију, аустроугарски начелник генералштаба Конрад фон Хецендорф је признао „да је надвојвода жив, сигурно би ме стрељао" (стр. 302). Није га, међутим, више било.

Књига Анике Момбауер уврштена је у овај преглед због тога што представља преглед историје ревизије историографије о немачкој ратној кривици, јасно показујући колико питање те кривице превазилази историографски, односно академски оквир. Реч је о озбиљном политичком питању. Наиме, вероватно да не може да се нађе земља у свету са тако тешким историјским наслеђем као што је то Немачка. Будући да нико не може да оспори немачку кривицу за почетак Другог светског рата, ствари су у том погледу сасвим јасне, отвара се друго озбиљно питање о континуитету немачке агресивне политике и милитаризма укорењеног у немачку државу до 1945. године, што неминовно следи из Фишерове тезе. Момбауерова је показала како је немачка академска и не само академска јавност реаговала на појаву Фишерове тезе и како је било могуће да Фишерова контроверза доведе до тога да Фишеру буде ускраћена финансијска подршка за одлазак на серију предавања у САД искључиво због његових историографских налаза, односно ставова које заступа. То се најбоље може видети из навода Герхарда Ритера, главног опонента Фишера и његове тезе: „Уколико је рат изазван искључиво или превасходно превеликом политичком амбицијом нашег народа..., као што су недавно утврдили неки немачки историчари, то значи да ће наша национална историјска свест бити мрачнија него што је већ била тамна због искуства са Хитлеровим временима".[10] Заиста, поставља се питање чиме историографија треба да се бави. Како наводи Момбауерова, Ритер је, сигуран у себе, објаснио да је „задатак историчара да помогне уздизање политичке слике народа у самом народу представљањем историје коју тај народ ствара." (стр. 120). Фишер је, очигледно имао нешто различиту визију свог задатка – трагање за

[10] Gerhard Ritter, *Der erste Weltkrieg*, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, 1964, 138. Наведено на основу: Mark Hewitson, *Germany and the Causes of the First World War*, Berg, Oxford, 2004, 224.

истином. И ту се показала супериорност Фишера у односу на његове најагресивније критичаре. У свом нешто измењеном облику, оном у коме се не оспорава немачка ратна кривица, без обзира на то да ли је пре почетка рата постојао конкретан политички план, та теза је преживела све до времена у коме је Момбауер објавила своју књигу (2002. година).

За сам крај овог приказа треба указати на то да реч „разумети“ има два различита значења. Једно је у смислу схватања смисла, тј. спознаје одређених узрочно-последичних веза, што значи вредносно-неутралних одговара на питања зашто и како. Сматрам да је задатак сваке науке, наравно укључујући историографију, да се бави оваквим „разумевањем“, тј. спознајом стварности онаква каква јесте, односно, у случају историографије, каква је некад била. Друго значење је у смислу оправдавања, односно разумевања за неког или нешто. Ту се већ ради о вредносним судовима, што неминовно води ка, Ритеру тако драгог, баштињењу националне свести, није битно чије, наше или њихове – нечему што не спада или бар не би требало да спада у науку. Нажалост, велики део приказаних радова бавио се оправдавањем неког или нечега, а не спознајом шта се то, зашто и како догодило пре равно сто година.

ПРИКАЗИ

Др Борис Беговић*

Paul Collier, *Exodus: Immigration and Multiculturalism in the 21st Century,* Allen Lane & Penguin Books, London 2013, 309.

Савремене миграције становништва представљају врућу политичку тему, како у имиграционим, тако и у емиграционим земљама. Предмет су медијских наслова, нарочито у случајевима илегалних миграција, које доводе до губљења људских живота, најчешће на мору, као и до губљења људског достојанства, у различитим формама новог, „белог" ропства, а миграције представљају и солидну основу за фундаментално преиспитивање појединих савремених политичких концепција, попут мултикултурализма. Оне су, нема сумње, ефикасан лек против интелектуалне учмалости. Без миграција, у условима у којима сви живе као „своји на своме", вероватно се не бисмо ни преиспитивали о томе колико у нашим разматрањима света који нас окружује постоји расизма, шовинизма, ускогрудости, нетолеранције и свега другог што се не може сврстати у врлине. Чак и у доба све већег степена обавезности „политичке коректности", негативне последице миграција нам не допуштају да их прећуткујемо.

Пол Колијер нам својом новом књигом нуди обиље материјала за оно за шта се и сам залаже: мирну, рационалну, трезвену и отворену расправу о миграцијама, без табу тема и предрасуда; расправу о њиховим последицама, тј. о пожељности миграција, нарочито пожељности убрзавања токова миграција у односу на данашње. На самом почетку књиге, као сваки прави економиста, аутор објашњава узрочно-последични механизам миграција. Постојање огромног јаза у дохотку између богатих и сиромашних земаља, што је последица јаза у продуктивности, ствара снажан подстицај људима да напусте своју земљу и да, с циљем увећања сопственог дохотка, односно благостања, место за свој живот потраже у некој од богатих земаља. Што је већа разлика у дохотку, виша је *ceteris paribus* стопа миграција. Веома је битно уочити да јаз у дохотку, односно разлика

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *begovic@ius.bg.ac.rs*.

у продуктивности која га ствара, произлази из, како наводи аутор, неодговарајућег друштвеног модела сиромашних земаља, што би они који су привржени савременим теоријама привредног раста назвали њиховим неодговарајућим институционалним оквиром. Дакле, они који одлазе из својих земаља порекла у ствари беже од таквог институционалног оквира, који доводи до ниске продуктивности и ниског нивоа дохотка, тј. сиромаштва као последице. Међутим, разлика у дохотку, иако је покретачки чинилац, није једини фактор који утиче на ниво миграција. Други, веома битан су трошкови саме миграције, које сноси сам мигрант. Ако ништа друго, то су трошкови авионске карте (некада су били трошкови бродске). Ма колико они изгледали мали, за потенцијалне мигранте из сиромашних земаља, а управо су то најзначајније земље порекла, и њихова буџетска ограничења, они могу бити непремостиво велики. Одатле следи и веома битан налаз – миграцијама нису обухваћени најсиромашнији појединци из најсиромашнијих земаља. Из тих земаља одлазе они који су нешто богатији, управо зато што могу то себи да приуште – да покрију неизбежне трошкове миграција. Коначно, величина дијаспоре је трећи фактор миграција – што је већа дијаспора, то се мигранти брже и лакше прилагођавају, па је *ceteris paribus* виша стопа миграција. Очигледна је и обрнута веза узрочно-последична веза – што је виша стопа миграција, већа је и дијаспора, што значи да постоји позитивна повратна спрега. Срећом, величина дијаспоре зависи и од интензитета асимилације, што је асимилација снажнија при датој стопи миграција, величина дијаспоре се, временом, уз велику доцњу, умањује. Узгред, аутор, додуше прилично стидљиво, подржава асимилацију. Разлог је очигледан. Реч је о томе да јачање дијаспоре значи очување друштвеног модела из земље порекла – оног модела од чијих су последица мигранти побегли.

На основу наведених узрочно-последичних веза, аутор формулише једноставан модел којим се описује равнотежна стопа миграција и равнотежна величина дијаспоре, до којих би дошло уколико не би било никакве државне интервенције, тј. уколико би миграције биле потпуно слободне. Наведени модел показује да постоје одређени облици наведених функционалних веза при којима се уопште не успоставља равнотежа – миграције би, у таквим условима, неминовно довеле до потпуног пражњења земље порекла.

Коришћењем наведеног модела као аналитичког оквира долази се до основних налаза о савременим миграцијама и њиховим последицама: (1) јаз у дохотку између земаља је велики и у догледно време неће се умањити; (2) миграције не могу да умање тај јаз, за то је потребна промена друштвеног модела у земљама порекла; (3) будући да се миграције настављају, дијаспора ће наставити да се акумулира

још неколико деценија. Све наведено условљава да се крећемо ка убрзавању миграција, односно ка неравнотежи, како сам аутор каже, „епских пропорција“.

Будући да су објашњени покретачки механизми миграција, приступа се анализи њихових последица, односно оцени њихове пожељности. При томе, аутор помиње чињеницу да економска струка благонаклоно гледа на миграције као на релативно лак начин (према аутору, најближи чувеном, непостојећем економском бесплатном ручку, *free lunch*) за повећање продуктивности рада, па тиме и за увећање глобалне економске ефикасности, што значи и друштвеног благостања на глобалном нивоу. Међутим, овакав генералан став није нешто на чему се аутор зауставља, већ раздваја последице миграција по три групе људи: последице по саме мигранте, по староседеоце, тј. становнике земаља у које се долази, и по становнике земље порекла – оне који су остали.

Најмање спорне су последице по саме мигранте – управо због тога што су желели бољи живот, упутили су се у туђину. Уколико су успели, уколико им је боље, уколико се увећао ниво њиховог благостања, остају у туђини, у супротном не остају, него се враћају у земљу порекла. Будући да сами мигранти уживају највећи део погодности који проистиче из миграција, појавиле су се и идеје да они, путем специјалног пореза, део тих погодности треба да пренесу на староседеоце. Погрешно, сматра аутор, а најјачи аргумент свог противљења оставља за каснија поглавља. Такође, разматрају се и миграције као својеврсне инвестиције и поставља се питање њиховог финансирања, односно различитих механизама финансијског посредовања. Аутор покушава да начини вештачку симетрију, па да укаже и на негативне последице миграција по саме мигранте – није му пошло за руком. Поглавље посвећено тим последицама је, сасвим очекивано, најтање – у сваком погледу.

Веома су занимљиве последице миграција по староседеоце. Аутор те последице дели на економске (не толико значајне) и социјалне (које сматра значајнијим). Што се економских последица тиче, долази до појачавања конкуренције на тржишту радне снаге, што доводи до пада приноса рада (нарочито за нискоквалификовану радну снагу) и повећања приноса капитала, тако да су, на кратак рок посматрано, на губитку најсиромашнији староседеоци, док су на добитку сви остали. Ипак, показало се да те последице нису значајне, а да долазак имиграната и њихова склоност ка иновацијама (већ самом миграцијом су показали ту склоност) дугорочно увећавају продуктивност, од чега сви староседеоци имају користи. Поред тога, међутим, долазак миграната увећава тражњу за становањем, што, на кратак рок доводи до раста равнотежне цене становања, па се тиме умањује

благостање староседелаца. Зачуђује, међутим, да аутор, у највећој мери, становање поистовећује са социјалним становањем, једном од тековина државе благостања у западноевропским земљама, заједно са различитим врстама социјалне помоћи у најширем смислу речи. И управо је на овом плану најзначајнији економски ефекат на (сиромашне) староседеоце, будући да се миграцијама пореска основица не увећава за онолико за колико се увећава тражња за социјалном заштитом – имигранти и сиромашни староседеоци постају конкуренти за социјалну помоћ, укључујући становање. Склоност најсиромашнијих и најмање образованих да подржавају ксенофобичне идеје и политичке покрете можда се, сматра аутор, може објаснити управо на овај начин. Занимљиво је да ни у једном тренутку аутор не поставља питање да ли је проблем, можда, у тако развијеној, разузданој држави благостања и присилној прерасподели дохотка до које она доводи, а не у миграцијама.

Друштвене последице досељавања су, по мишљењу аутора, далеко озбиљније. Оне се тичу функционисања друштва у које мигранти долазе. Успешна друштва се заснивају на узајамном поштовању и међусобним обзирима оних који их чине. Из тога произлази међусобно поверење и сарадња. То су предуслови за успешно пружање јавног добра, попут владавине права, односно правног поретка. Стога аутор интегрисаност једног друштва посматра као предуслов његове успешности. То још више долази до изражаја у случају солидарности, спремности богатијих да помогну сиромашнијим члановима истог друштва. Миграције могу да наруше интегрисаност друштва, да подрију његов идентитет и, тиме, да умање његову успешност на наведеном плану. Аутор јасно ставља до знања да је национални идентитет најбоља основа за поменуте послове пружања јавног добра и прерасподеле. Управо је национална држава основна јединица на чијем нивоу се пружа јавно добро и где се обавља прерасподела којом се исказује солидарност с оним мање успешним. Аутор подсећа да је у савременом свету управо национална држава основна фискална јединица, на чијем нивоу се људи опорезују и из чијих буџета се исплаћује највећи број принадлежности – тешко да је национална држава превазиђена. А миграције могу да поткопају такву националну државу и да поставе питање припадности њених житеља. Управо од те припадности зависи да ли је неко спреман да плаћа порез и да пристаје да се део његовог дохотка прерасподељује другима. Очигледно је реч о негативним екстерним ефектима миграција – неповољне друштвене последице миграција. Нажалост, аутор не поставља питање утицаја миграција на институционални оквир земаља у које мигранти долазе. Реч је о томе да тај оквир зависи, не само од формалних, писаних правила, већ од обиља друштвених и моралних норми. На примеру обавезе ношења зара и фереџе,

која је у западноевропске земље дошла са миграцијама, може се показати како такве норме неминовно, мада индиректно утичу на пословно окружење у земљи имиграције. Реч је, очигледно, о великој теми коју је потребно подробно истражити.

Два занимљива налаза везана су за друштвене последице. Први, што су културе земље порекла и земље у коју се мигранти досељавају удаљеније, то је већа специфична дијаспора, будући да је мања могућност асимилације. Са своје стране, увећана дијаспора доводи до више равнотежне стопе миграција, која са своје стране увећава дијаспору. То је објашњење на први поглед парадоксалног налаза да више долазе они који су (културно) удаљенији. Други је да је са становишта друштвених последица миграција, будући да су оне у основи негативне, најповољнији модел гастарбајтера, оних који уопште нису интегрисани у друштво, па стога нема никаквих друштвених (негативних) последица, уз све економске погодности. Питање је, међутим, у којој мери се, осим у Дубаију и сличним егзотичним местима, овај модел може применити. Немачко искуство са турским гастарбајтерима показало је да такав модел није одржив у демократијама.

Коначно, аутор се бави и земљама порекла и последицама (е)миграције из њих. Посебно поглавље аутор је, сасвим непотребно, посветио политичким последицама миграција, нарочито онима на плану промене политичког система, при чему закључује да су они благо позитивни. Помало је збуњујући овакав закључак, имајући у виду да сам аутор помиње екстремизам који дијаспора може да донесе земљи порекла, наводећи као пример тамилску емиграцију као основни чинилац дугогодишњег грађанског рата у Шри Ланки. Стога чуди његов закључак о умерено позитивним политичким последицама по земљу порекла. Још када би томе додали утицај усташке емиграције на расплет југословенске кризе почетком деведесетих година прошлог века...

Економске последице миграција на оне који су остали далеко су занимљивији. Један је одлазак најквалификованијих и најталентованијих (*brain drain*). Иако, на први поглед то представља директан губитак, аутор показује да управо могућност одласка представља снажан подстицај талентованим појединцима да улажу у сопствени капитал. Међутим, онај део људског капитала који не оде ван граница представља добитак за земљу порекла. Дакле, битан је баланс – колики део остаје. У случају Кине и Индије, јако великих земља, емиграција је увећала људски капитал; у случају малих, попут Хаитија, умањила га је. Други битан елемент су дознаке, део дохотка који мигранти шаљу својим породицама у земљи њиховог порекла. Аутор сматра да су ове дознаке врста стране помоћи, далеко боље

усмерена него државна страна помоћ богатих земаља. А када се већ дохватио стране помоћи, аутор сматра да она представља враћање оних средстава које су сиромашне земље издвојиле за школовање својих најталентованијих појединаца, које, услед миграција, користе богате земље. Дакле, не само да не треба уводити никакав порез на имигранте, они га већ плаћају путем дознака, већ, закључује аутор, помоћ сиромашним земљама треба наставити и на државном нивоу.

Имајући све то у виду, поставља се питање шта треба чинити. Аутор се залаже за политику која се неће заснивати на административном одређивању жељене стопе миграција. Напротив, залаже се за слободан проток људи, а на равнотежну стопу миграција треба утицати тако што ће се водити политика која ће формирати ток асимилације дијаспоре. Повећањем те асимилације, наводи аутор, умањује се величина дијаспоре за дату стопу миграције, чиме се успоставља равнотежа која снижава равнотежну стопу миграције и, на тај начин, умањује негативне друштвене последице миграција. Аутор не одговора на питање да ли ће то бити оптимална стопа миграција, још мање са чијег становишта би она била оптимална.

Колијерова књига поставља далеко више питања него што даје одговоре, бар оних уверљивих. То је можда и њена највећа вредност. Покренута је расправа, а то је у случају табу тема, попут миграција, најбитније. Штавише, књига је понудила добар методолошки оквир за расправу о овом деликатном друштвеном питању. Књига не даје рецепте и акционе планове, већ само смернице за размишљање. Ипак, обећава да ће имати велики утицај на све оне које се баве политиком миграција. Време ће показати да ли ће га и остварити.

Слободан Самарџић[*]

Чедомир Антић (ур.), *Досије Аутономна покрајина Војводина*, Напредни клуб, Београд 2014, 310

Србија је држава која, поред осталих, има и проблем територијалног интегритета. Овде не спада само питање Косова и Метохије, већ и један круг политичких идеја, стратегија и практичног деловања којима је заједнички именилац одвајање дела територије од државе као крајњи циљ. Држава којој је фактички одузет део територије, покрајина Косово и Метохија, морала би да буде много више усредсређена на ову врсту егзистенцијалних питања. При том, не мислимо само на државне органе, већ на целокупну јавност. У Србији постоји невероватна опуштеност и државних и друштвених актера када је реч о угрожености њене територијалне целовитости.

Зборник *Досије – аутономна покрајина Војводина* представља пример деловања „против струје". Његови аутори обрадили су тзв. војвођанско питање на неуобичајен начин: средствима научне анализе, говором чињеница и поузданог закључивања. Једна политички наметнута тема – уставни положај Војводине, лансирана у орбиту тзв. европског регионализма, приземљена је на тло вишеструке фактографије. Језиком анализе пред читаоцем се нашла сређена грађа о дуготрајној манипулацији овим питањем у више области – политичкој, историјској, економској и јавномњењској. Ако овај зборник буде имао критичаре, они више неће моћи да се служе методологијом „ди су наши новци", нити простачким говором мржње. После ове књиге расправа о положају Војводине у Србији мораће да се води на уљуђен начин, изношењем чињеница и разлога.

Аутори зборника потрудили су се да он делује целовито, а не као прост збор прилога. Шест аутора изложило је шест тема – политички аспекти, историјске традиције, економске теме, антисрбизам и нови идентитет, говор мржње и улога невладиних организација. Теме, заједно узев, обухватају целовит, иако не исцрпан, скуп основ-

[*] Аутор је редовни професор Факултета политичких наука Универзитета у Београду.

них питања данашњег положаја Војводине имајући у виду и његову историјску генезу. Сваки прилог, осим тога, завршава се ауторским закључком о задатој теми. На крају зборника изложен је обухватан закључак о основним обележјима питања (досијеа) о АП Војводини данас.

Историјат идеје и токова војвођанске аутономије све до данашњих спорова изнео је Чедомир Антић. Српском народу који је живео у историјским покрајинама Срему, Банату, Бачкој и Барањи, његовим ученим људима и политичком вођству, идеја аутономије служила је за очување националног идентитета у ненаклоњеном државном и верском окружењу Аустро-угарске монархије. Аутор показује да су различити облици аутономије током 19. века били део укупне борбе српског народа за националну и политичку еманципацију. Та борба природно је происходила прикључењем поменутих области Србији крајем октобра 1918. на основу одлуке новосадске Велике народне скупштине. Антић, потом, показује да у међуратном периоду, сем мањих изузетака (Самостална демократска странка и њен вођа Светозар Прибићевић и још неколико појединаца), није било политичких захтева за било какву аутономију на простору потоње АП Војводине. Али, постојала је агресивна државнорушилачка политика Комунистичке партије Југославије која је спроводила политику иностраног чиниоца (Комунистичке интернационале). Покрајина Војводина била је пројектована у тој политичкој режији и практично спроведена после општег метежа Другог светског рата. У даљем приказу, Антић доследно изводи тезу о идеолошком пореклу аутономије Војводине у Србији, и поставља логично питање – зашто ово наслеђе комунистичке владавине није укинуто са завршетком комунизма.

Антићев прилог објашњава порекло једне сепаратистичке стратегије у Србији, која је увек имала спољни подстицај и подршку. Идеја аутономије у време комунистичке владавине, обновљена после политичких промена у Србији 2000. године, имала је сепаратистичку инклинацију. Зато је аутономија у таквим замислима и стратегијама повезивана са неколико неопходних обележја: државни атрибути аутономије (законодавна, извршна и судска власт), њена историјска, готово природна наклоњеност централно-европском културном кругу (данас Европској унији), и елеменат посебног идентитета који наводно прожима житеље Војводине. Порекло оваквих схватања у новије време Антић открива у Салцбуршкој декларацији тзв. Војвођанског покрета из 1958. године, у којој су садржани управо ови елементи аутономије, тј. сепаратизма (стр. 75, 76). Ови утицаји, који досежу до неуставног Статута АП покрајине из 2008. године, потичу из опскурне иницијативе коју су 1958. године покренули послератни емигранти са подручја Војводине, потоњи службеници немачке обавештајне агенције (БНД). Исти пример у контексту своје анализе усиљене

грађње „војвођанског идентитета“ наводи и Слободан Антонић (стр. 228).

У економском делу, који је написао Бошко Мијатовић, *Досије АП Војводина* има посебан значај и домашај. Економски аспект тзв. војвођанског питања посебно је осетљив будући да је у њему садржана деценијама развијана предрасуда. Наиме, теза о материјалном искоришћавању Војводине од стране (остатка) Србије представља одређени стереотип који је успешним политичко-медијским утицајем претворен у стварну предрасуду. Утолико је задатак овог прилога био и тежи и аналитички деликатнији.

На почетку свог рада аутор цитира овај деценијски стереотип изречен у тексту Нове војвођанске уставне иницијативе усвојеном на Четвртој војвођанској конвенцији 2012. године: „Војводина преко девет деценија плаћа високу цену заједничког живота са Србијом...која се огледа у спутавању развоја, економској експлоатацији, доминацији и запостављању Војводине.“ (стр. 87). У ономе што следи, Мијатовић потанком економском анализом побија искривљене ставове заступника тезе о експлоатацији почев од прве Југославије, преко њене комунистичке наследнице, периода владавине Слободана Милошевића до постоктобарског периода све до данас. Он доказује да Војводина није била израбљивана некаквим нереалним паритетом аустријске круне и динара у првим поратним годинама. Није то био случај ни у пореској политици Краљевине СХС, наводно оштријој према овом простору него на простору негдашње Србије. Аутор убедљиво негира тезу о убрзаном привредном развоју у тзв. златно доба аутономије од 1974. до 1989. године откривајући поступак прећутаних или фалсификованих података којима се обилато служе аутономашки економисти, који, узгред, ни нису људи економске струке. За деведесете године такође доказује да економски терет Војводине није био већи у поређењу са остатком Србије. Најзад, када је о најновијем периоду реч, побија ставове о наводној привредној спутаности Војводине од стране централних власти Србије. За економске делове новијих сепаратистичких докумената, као што су неуспели Основни закон (2003), поништени Статут АП Војводине (2008) и изјаве тзв. војвођанских конвенција, показује да им је заједнички превазиђени етатистички образац економске политике.

У прилогу Слободана Антонића налазимо педантну анализу публицистичке и медијско-пропагандне стране савременог војвођанског сепаратизма. На основу прегледа и претреса обимне електронске и штампане грађе, аутор изводи закључак да „у Војводини већ постоји оформљена сецесионистичка идеологија, са ксенофобијом, антисрпством (антисрбијанством) и новим псеудонационалним идентитетом, као својим основним састојцима.“ (стр. 175). Ову изврсну ана-

лизу допуњују радови Дијане Хинић о говору мржње на сајтовима сепаратистички настројених невладиних организација и Драгана Миливојевића о њиховом ширем деловању. Последњи прилог нарочито је значајан, јер показује да су те организације добрано финансиране из државних фондова земаља које нису пријатељски наклоњене Србији.

За разлику од оваквих финансијских чињеница, за крај овог приказа ваља навести став из уводне речи аутора ове књиге да овај подухват није помогла ни једна установа Републике Србије, ни једна странка или организација, те да помоћ за њено издавање није добијена ни од једног фонда неке стране земље.

Милош Станић*

Увод у право Француске, Институт за упоредно право у Београду, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 506.

У случају потребе да се у једној реченици опише зборник радова *Увод у право Француске*, може се рећи да је то књига богата по садржају, а можда донекле скромна по називу. Наслови књига често знају да заварају и да читаоце наведу на погрешан пут. Када су красноречиви, онда често прикривају интелектуалну празнину која се налази између њихових корица. Језгровито је узрок ове појаве описао проф. др Радомир Д. Лукић, казавши да се раније много читало, а мало писало, док се данас мало чита, а много пише. Ово, свакако, важи и у наше време. Ипак, овај зборник је другачији. То је и могло да се очекује, пошто је ово дело настало као плод успешне сарадње две наше научне институције са богатом традицијом, Института за упоредно право и Правног факултета Универзитета у Београду.

Француско право је производ специфичног духа самих Француза. Настало је као одраз специфичних историјских околности у оквиру којих се тај дух манифестовао и развијао. Французи су народ немирног, слободољубивог, љубопитљивог, галског духа, који је био и остао инспирација за многе народе Европе и света. Француски грађани нису мењали само свој ток друштвеног и правног развитка, већ су утицали и подстицали на промене и многе друге народе. То је земља која је Великом француском револуцијом, а и касније, значајно узбуркала светске духове мењајући ток светске историје. Ехо Револуције ће можда и заувек одзвањати широм света. Но, они нису увек и по сваку цену тежили само променама. Нација са толиком виталношћу пружила је човечанству висока достигнућа у свим областима људске делатности, па и у праву. Проучавати право такве земље, значи истраживати непресушан извор сазнања и дилема. Са-

* Аутор је мастер права, студент докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду, уставноправног смера, спољни сарадник Института за упоредно право у Београду, самостални саветник у Министарству правде, *stanic misa@gmail.com*.

мим тим, када се овакав правни систем представља у књизи оволиког обима, онда је крајње логично да се може радити само о увођењу читалаца у све сложености француског права.

Теме су одабране тако да се у зборнику налазе радови из различитих грана права, које су приложили еминентни француски и српски правни стручњаци. Прве странице препуштене су управо ауторима из Француске. Чини се да је правилно одређено да је најбоље да прво сами Французи кажу нешто о сопственом правном систему. Концепција самих радова је таква да се може са задовољством приметити да су се и француски и домаћи аутори трудили да њихови радови имају историјску, дескриптивну и прескриптивну димензију. Такав приступ је и неопходан, пошто наводи на упознавање суштине проблема, промишљање, те онолико колико је научно оправдано у датом тренутку и на само предвиђање.

У првом делу зборника обрађују се питања која се односе на јавно, пре свега на уставно право. Француска уставна пракса и теорија су право извориште вечитих тема уставног права. Постоји мало тема у уставном праву које се могу изучавати, а да се Француска не узме у обзир. Радови аутора из Србије поређани су тако да прате систематику самог француског Устава од 1958. године. Прво иду питања у вези с егзекутивом, затим следе питања у вези с легислативом. Након тога се представља целокупан систем власти у Француској и начин његовог функционисања. На крају се приказују устројство и функционисање Државног савета, као и судске функције државне власти у Француској.

Садржински гледано, француски аутори су направили својеврстан увод у систем јавног, односног уставног права у њиховој земљи. Професор Патрис Желар је на језгровит начин представио развој и стање уставног система Пете Републике. Закључио је да постоји француски модел уставног права који је различит од преовлађујућег модела у Европи. Он је такав да наслањајући се на француску историју и традиције преузима оно најбоље из других уставних система. У раду се дотакао и питања учешћа жена у парламентарним институцијама, територијалних граница локалних самоуправа, као и односа Устава и права Европске уније. Указао је и на неопходност реформе Уставног савета, те се и осврнуо на потребу да тај орган постане прави уставни суд. На његов рад се надовезује професор Дидие Маус својим радом о развоју Уставног савета. Он указује да је Уставни савет својом праксом и еволуцијом ушао у круг европских уставних судова, иако му та улога у почетку није била намењена. Изгледа да су сами Французи постали свесни да је неопходно јачати орган који би се бавио заштитом устава. Јачањем Уставног савета, француски правни систем је доживео значајне промене. Тај правни

систем почива на одређеним начелима и идејама, које су његов извор и уточиште. Управо о овим идејама пише француски професор, српског порекла, Слободан Милачић. Велика француска револуција се препознаје по крилатици, *egalite, fraternite, liberte* (једнакост, братство, слобода). Он указује да француски систем почива на две идеје, које се преплићу. То су идеје једнакости и слободе. Идеја једнакости носи у себи демократски призвук, док идеја слободе носи дух либерализма. Оне нису једнозначне, али су међусобно повезане и условљене. Њихова равнотежа се стално мења. Оне се не искључују, али међу њима постоји латентна напетост. Професор Милачић сматра да тренутно у Француској либерална идеја има превагу.

Након радова француских аутора следи део који су приредили домаћи аутори. Поменуто је да су радови тако конципирани да прате систематику Устава, а такав приступ омогућава читаоцу да се на једноставан и прегледан начин упозна са француским уставним системом. Прво, др Оливер Николић показује да Устав од 1958. године успоставља нов модел односа између егзекутиве и легислативе. Аутор наглашава да тим Уставом није само значајно ојачан положај председника, већ и владе. Тежња за јачањем положаја владе у односу на парламент је утицала на то да се интерпелација потпуно укине, а да се посланичко питање маргинализује у парламентарном животу у Француској. На овај чланак се логички надовезује и рад др Владана Петрова у којем аутор анализира развој парламента под Уставом Пете Републике. Он констатује да је Устав ову институцију ставио у други план. Но, аутор указује и на уставне промене које се односе на парламент и које би требало да доведу до нове институционалне равнотеже. Тај еквилибријум се заснива на јакој влади и ауторитативном парламенту. Французи свакако постепеним реформама прилагођавају свој устав и његова решења друштвеној стварности. У раду др Милоша Јовановића се анализира полупредседнички систем (режим) власти у Француској. Значајно је да он наглашава везу уставног режима, онаквог како је отеловљен у уставним нормама и политичког система, односно начина на који се власт врши сходно институционалној пракси. Стварање везе између њих доприноси проучавању функционисања уставних норми у пракси, а како би се пружила оцена француског полупредседничког режима. На крају уставноправног дела зборника налазе се радови др Јелене Ћеранић и мр Марине Матић. У првом раду др Ћеранић описује историјски развитак Државног савета, његову организацију и функције. Државни савет је константа у модерној француској држави, јер је та институција опстала још од Наполеона Бонапарте. У наше доба, за проучавање је најинтересантнија улога Државног савета у законодавном деловању извршне функције државне власти у Француској. Ма-

рина Матић приказује трећу, судску функцију државне власти, њену организацију, те однос судске и извршне власти.

У делу зборника у којем се налазе радови из различитих грана права, приметан је пажљив одабир тема. Изабране су оне које су на неки начин актуелне и за Републику Србију. Када је реч о кривичном праву, др Наташа Мрвић Петровић истиче да је Француска земља која предњачи међу европским земљама у реформама кривичног процесног законодавства. Читањем овог рада научна и стручна јавност може да се упозна са решењима романског модела кривичног поступка. Француска је пример који демантује приговоре о инкомпатибилности грађанске и кривичне процедуре. Развитак концепције радних односа у француском праву описује др Љубинка Ковачевић. Она указује да пред тамошњим законодавцем стоје изазови успостављања равнотеже између заштите права запослених и слободе предузетништва. Да ли и пред нашим законодавцем стоје исти или слични изазови? Чини се да је одговор позитиван.

О креативној улози судске праксе приликом примењивања *Code civile* пише др Тома Рајчевић. То је једна од додирних тачака француског и англосаксонског права. Велимир Живковић, Марко Јовановић и Мирјана Глинтић, такође пишу о креативној улози француске судске праксе у областима које су предмет њихових радова. Такође, др Здравко Петровић наводи да на креативност судске праксе у Француској утиче и неопходност примене прописа ЕУ. То ће бити корисно и нашим судијама када буду морали приоритетно да примењују прописе ЕУ. Он закључује да таква судска пракса није сама себи сврха, већ да она подстиче законодавца и води ка унапређењу законодавства. Имајући у виду ове радове, намеће се као логично и размишљање о положају наше судске праксе. Но, у Француској активну улогу немају само судови, већ и друге правосудне професије. Милош Станковић у свом раду указује и на улогу нотара у материји уговорног наслеђивања. Нотари су у овој материји уводили и нека нова правна решења у одсуству законског регулисања.

Чланци других аутора који су објављени у овом зборнику нису поменути у најбољој жељи да и читалац сам открива још неке делове ове лепе књиге. Сигурно је да ће, имајући у виду обрађиване теме, свако пронаћи нешто што га интересује и што ће га потаћи на размишљање. Но, овај зборник радова није значајан само због тога, већ је његов значај и шири.

У данашње време повезаности држава и њихових правних система, свака књига која има упоредноправни приступ је добродошла. Такве књиге нам омогућавају да превазиђемо своје стереотипе, те да упоредимо решења других са нашим решењима и услове у којима се остварују. Уколико је правни систем са којим се врши поређење

узорит као што је то француски, онда је тиме и значај таквог приступа већи. Ово дело има и симболично значење за нашу земљу. Кроз историју је Србија у тешким моментима често гледала у Француску, тражећи решења на тој страни Европе. Нека од највреднијих дела и аката нашег права су настајала када смо се угледали на Француску и Французе, а на наш понос пред Европом и светом. Настајала су у време буђења српске државе, као најава њеног јачања и свеколиког напретка који је следио. Због тога овај зборник не радује само због стручне и научне вредности. Надајмо се да је он весник стварања чвршћих и трајнијих веза француског и српског права, француске и српске државе. Имајући у виду историјско искуство, он даје наду да смо на добром путу превазилажења изазова који су пред нама. У њиховом савладавању познавање француског права је од изузетног значаја.

Владимир Павић*

ГАШО КНЕЖЕВИЋ
(1953 2014)

Сваки опроштај с оним који је заувек отишао тешко пада пријатељима, поштоваоцима и колегама који су га надживели. Нарочито је, међутим, тежак ако до њега дође пре времена, у напону снаге оног који је отишао и када он за собом у колективу, па и читавом друштву остави празнину која се тешко може надоместити. Смрт професора Гаше Кнежевића управо је такав губитак: отишао је супруг, отац и деда, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, врстан педагог, научник и арбитар међународног статуса, личност коју су уважавали и они који су деценије провели на другим странама политичких подела.

Гашо Кнежевић се формирао као личност и стручњак у време у коме се се од студената није очекивало да своје опредељење да се баве одређеним предметом искажу практично одмах, већ током основних студија. Оно што би се данас сматрало изузетком, тада је са правом био уобичајени ток ствари: Гашо Кнежевић је тако у звање асистента-приправника примљен са 26 година, са већ положеним правосудним испитом, након што је неколико година провео у Окружном привредном суду, прво као приправник, а касније као стручни сарадник. На Факултет је дошао неко ко је имао прилику да, поред академске, сагледа и ону сасвим практичну, често рутинску, а свакако незаобилазну страну правничког посла. Та искуства изоштрила су његове правничке инстинкте, снажно га усмериле ка промишљању које има за циљ решавање практичних, животних проблема. Управо је стога његов избор да се посвети Међународном приватном праву, предмету често перципираном као изузетно апстрактном и студентима тешком, био на дуге стазе вишеструко оправдан и користан. Како за њега, тако и за Факултет и студенте.

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *pavic@ius.bg.ac.rs*.

Професор Кнежевић имао је обичај да каже да сваки професор пред собом има, барем три задатка: да студентима знање пренесе на што разумљивији и квалитетнији начин, да учини значајан научни допринос, и да покуша да они који остају иза њега буду довољно квалитетна замена. Док се о последњем суд може донети тек након што протекну деценије, прва два задатка Гашо Кнежевић је несумњиво испунио у сваком погледу.

Као предавач био је омиљен: изванредне дикције, звонког гласа и јасних реченица и мисли. Предавањима је приступао с љубављу и истински посвећено. Студенти су то умели да цене, па су његова предавања увек била изузетно посећена.

Научни опус проф. Кнежевића одвећ је богат је и разноврстан да у потпуности овде буде изложен. Магистрирао је на квалификацији домицила, докторирао на питању права меродавног за уговор о међународној продаји робе. У време његовог доласка на факултет у припреми је била прва (и до сада у Србији важећа) кодификација међународног приватног права. Нови закон је требало након доношења анализирати, тумачити, критиковати. У ту се дебату проф. Кнежевић укључио свом снагом, објавивши читав низ запажених радова, међу којима крунско место свакако заузима *Коментар закона о међународном приватном праву* који је заједнички потписао са колегама проф. др Михајлом Диком и др Срђаном Стојановићем. Израђен на изузетно високом научном нивоу, уз богату и исцрпну грађу, Коментар је све до данашњих дана остао незаобилазно, референтно штиво студентима и научним радницима.

Крај деведесетих није било време у коме би се могло очекивати нарочито интересовање за правне аспекте перспективе европских интеграција наше државе. Но ипак, 1998. Гашо Кнежевић, коауторски са проф. др Весном Ракић-Водинелић, издаје „Грађанско процесно право Европске Уније", пионирско дело у тој области у нас. Монографија обрађује процесноправна питања пред тадашњим Европским судом правде, али је њено тежиште детаљна анализа Бриселске конвенције из 1968. године. Уз изцрпну литературу и анализу бројних случајева, ова је монографија до данашњег дана нема пандана у Србији. Иако је Бриселска конвенција данас 'претопљена' одговарајућу регулативу, њено је језгро остало готово нетакнуто и послужило је за формирање тзв. 'Европског судског простора'. Стога је, упркос брзом темпу развитка европског законодавства, ова монографија и даље веома релевантна и представља одличан увод у материју онима који желе да се баве европским грађанским процесним правом.

Научна интересовања, преплетена с праксом арбитра, усмерила су проф. Кнежевића ка проучавању арбитражног права, о чему је

објавио велики број чланака, а 1999. и монографију. Монографија „Међународна труговачка арбитража" представљала је прво такво дело које је на целовит и аналитичан начин разматрало проблеме међународне трговинске арбитраже на подручју бивше Југославије још од референтног дела Голдштајна и Триве из 1987. Дванаест година је у свету арбитраже дуг период и Гашо Кнежевић је својом монографијом успео да прикаже колико се тога променило. На трагу међународних узора, нарочит је акценат стављен на казуистику.

Нарочит успех споја научног и педагошког рада Гаше Кнежевића било је 2003. коауторство на уџбенику међународног приватног права са проф. др Тибором Варадијем и проф. др Бернадет Бордаш, референтног штива на факултетима не само у Србији, већ и у региону.

Радови Гаше Кнежевића били су не само бројни, разноврсни и квалитетни, они су били и препознатљиви, до те мере да је читалац, све и да се име аутора уклони, могао претпоставити о коме је реч. То није био суви, деперсонализовани стил какав се често среће међу европским професорима права, већ стил ближи снажном личном печату какав својим текстовима обично дају професори америчких универзитета. Стил лак за читање, готово литераран, разигране реченице и духовитих опаски.

Стил збиља јесте човек и кроз текстове Гаше Кнежевића провејавала је и његова личност – ведра, оптимистична, и радознала. Право је истински волео и бављење њиме схватао је и као могућност да се друштво мења набоље, да се конкретни проблеми решавају и да се избегну замке искључивости. Стога и не чуди да је велики део његовог практичног интересовања везан за арбитражу и медијацију – искорак из уобичајеног и отворено антагонистичког парничења. Његова стручност, практичност и благост били су најбоља препорука за каријеру арбитра: странке су га радо именовале, а колеге – како оне у земљи, тако и у иностранству – веома уважавале. Седам година (2005–2012) био је председник Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије, један од оснивача Удружења за арбитражно право и први председник Београдског арбитражног центра при удружењу (2013–2014). Арбитража је била још један од полигона на којима је успео да унесе педагошке новине: није се плашио експеримената и активно је учествовао у стварању првих београдских *moot court* тимова. Данас је „лепеза" moot court тимова, и то не само оних из арбитражног права, нешто што не само академска, већ и шира заједница, препознаје као успех. Ентузијазам проф. Кнежевића био је толики да се није заустављао на стручној подршци, већ је и новчано подржавао студентске припреме за такмичења. Његова жеља била је да се његово име не нађе међу спонзорима, али не постоји разлог да се та тајна и даље чува.

Академска каријера Гаше Кнежевића није протекла у „кули од слоноваче". Бурне околности, слом Југославије, регресија државе и друштва су многе отерали у емиграцију, апатију или резигнацију. У својим првим данима, поновно успостављено српско вишестраначје је ипак, срећом, могло да рачуна и на оне који нису били само каријеристички политичари. Гашо Кнежевић је тако, осим професора и арбитра, био и политичар. Та је каријера у свом већем делу била опозициона, у околностима које би данашњег просечног опортунисту бациле у очај, проф. Кнежевић се политиком бавио из уверења, уважавајући своје политичке противнике. То је уважавање у великој мери било обострано. Но још је већи тест његовог политичког ангажовања била власт: као министар просвете у Влади Републике Србије, мандатара др Зорана Ђинђића. Као и у свему другоме, и овом је послу приступио с огромним ентузијазмом и енергијом, свестан да је реч о ресору који резултате даје на изузетно дуге стазе, а да се на кратке поуздано може рачунати само на оспоравање и критике. Потоњих није недостајало, а ни накнадне памети критичара: тако је проф. Кнежевић често касније сврставан међу министре визионаре, а теме и реформска питања која је отворио са својим тимом као нешто што се више не може пренебрегавати.

Активан друштвени и политички ангажман створио је од Гаше Кнежевића широко препознатљиву фигуру, лице Универзитета и Факултета. Његова појава и опхођење били су управо онакви какве је – с правом – шира јавност очекивала од професора универзитета. Но универзитетска култура проф. Кнежевића била је она модерна, лишена неписаних традиција које своје корене вуку из средњовековних почетака универзитетске историје. Према студентима се опходио с уважавањем и стрпљењем. Млађи сарадници су за њега били сарадници, а не потчињени; старао се да их усмери и подстакне, пружи прилику чим је то објективно могуће и одговара њиховим могућностима, дискутује са њима као са себи равнима.

Опроштај са Гашом Кнежевићем на Факултету и ван њега учинио је видљивим величину губитка који је претрпљен. Чашу је, међутим, проф. Кнежевић увек гледао као полупуну, а не полупразну, па то ваља покушати и на крају овог опроштаја са њим: поживео је краће него што смо се надали, али довољно дуго да дâ немерљив допринос српској правној науци, арбитражној пракси, свом Факултету и Универзитету и заувек промени животе оних са којима је радио и дружио се.

Мирољуб Лабус*

ДРАГУТИН ШОШКИЋ
(1934−2014)

Драгутин Шошкић био је професор политичке економије на Правном факултету у Београду. Рођен је 5. марта 1934. у Улотини, срез Берански, у Црној Гори. Основну школу и два разреда гимназије завршио је у Пећи, а матурирао је у Београду 1955. године. Исте године уписао је Правни факултет у Београду, а по завршетку студија и одслуженог војног рока изабран је за асистента 1960. године. Докторски курс је завршио 1962. након кога одлази на специјализацију у Италију на Институт за економски развој у Напуљу. Докторирао је 1965. године а изабран је за доцента на предмету Привредни систем 1968. Потом је биран за ванредног професора на предмету Политичка економија 1978. и редовног професора на истом предмету 1990. године. Одлази у пензију крајем 2001. године као декан Правног факултета у Београду.

У *18. бримеру Луја Бонапарте*, Маркс је написао да свет не треба само објашњавати, него и мењати. То је било општеприхваћено начело у времену у коме је радио и стварао Драгутин Шошкић. То је било време у коме су се још увек такмичила два друштвено-економска система: социјализам и капитализам. У капитализму се знало шта је предмет проучавања политичке економије или се бар мислило да је Маркс све то лепо објаснио. Али се поставило питање, шта је предмет проучавања политичке економије социјализма. Посебно је то било наглашено у самоуправном социјализму, у коме смо ми живели, а који Маркс није могао ни да замисли, а камоли да опише његове карактеристике као својеврсну мешавину планске и тржишне привреде. Економске слободе на нивоу предузећа преплитале су се са потпуном регулацијом на макроекономском нивоу, слобода трговине

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *miroljub.labus@ius.bg.ac.rs*.

и кретања људи ишла је руку под руку са политичком „диктатуром радничке класе“, како се тада говорило.

Драгутин Шошкић се дуго бавио питањем шта проучава политичка економија социјализма. По њему, политичка економија је друштвена наука која проучава односе између људи у производњи и расподели вредности. Ти односи пресудно зависе од владајућег облика својине и у најчистијем облику се испољавају у области расподеле. Преведено на језик савременог читаоца, институције уређују тржишне односе и оне морају да обезбеде не само ефикасност него и праведност. Политичка економија је једна врста институционалне економије социјализма као мешовите привреде. Ефикасност производње постиже се применом савремене технологије, а праведни односи у расподели путем друштвене својине и расподеле према раду. Зато је питање расподеле била друга велика тема о којој је писао Драгутин Шошкић, а која је произашла из његовог начелног става о предмету проучавања политичке економије социјализма.

Драгутин Шошкић је посветио своју докторску тезу проблемима расподеле у социјализму, с посебним освртом на тадашњу југословенску праксу. Он је покушао да објасни конкретне облике у којима су се традиционални Марксови појмови о потребном раду и вишку рада, о вредности и вишку вредности, испољавали у социјалистичкој пракси заснованој на расподели према раду. Посебно га је интересовало питање минималних плата (личних доходака) радника и каква је њихова веза с теоријском дефиницијом потребног производа.

Касније ће регулатива у самоуправном социјализму да еволуира у правцу закључивања самоуправних споразума и друштвених договора. То је био занимљив, мада неуспешан, покушај да се на нивоу предузећа уведу објективни тржишни критеријуми расподеле, али да се она глобално и даље регулише помоћу колективних уговора. Драгутин Шошкић био је спреман за ту врсту анализе, јер је пре тога доста пажње посветио улози права у регулисању економских односа. Са данашње тачке гледишта, то је била расправа о односу позитивне и нормативне економије у социјализму. Из тог угла посматрано, сасвим је разумљиво што се одмах прихватио да са великим жаром проучава једно ново питање из области расподеле. Објавио је низ чланака на ову тему, од којих чак седам краћих прилога у *Аналима Правног факултета у Београду*.

Трећа велика тема о којој је писао Драгутин Шошкић било је питање економске дефиниције друштвене својине. У време професора Ивана Максимовића, Правни факултет у Београду био је водећа институција која је проучавала питања економске садржине и ефеката друштвене својине. Драгутин Шошкић дао је значајан допринос

овој расправи. Учествовао је на бројним саветовањима која су била посвећена овој теми и у неколико пресудних расправа о променама Устава и кључним законима којима су се уводиле правне претпоставке за нове тржишне односе. Данас друштвене својине нема, али је на Правном факултету остала традиција да се анализирају економски ефекти институција, а посебно економски ефекти својинских аранжмана. То је област којом се данас бави научна дисциплина „економија и право", а за коју је постојала „социјалистичка претеча" у проучавању економских ефеката друштвене својине. Другим речима, учествовао је у стварању економске анализе права на марксистички начин.

Драгутин Шошкић био је врстан педагог. Написао је два уџбеника о политичкој економији, један за студенте права на Правном факултету у Крагујевцу, а други за студенте права у Београду. Био је јако посвећен и студентима и факултету. За њега се слободно може рећи да је очински бринуо и о факултету и о студентима. Правни факултет у Београду имао је бурну политичку историју у доба социјализма. Политика и наука су се преплитале, допуњавале и, не тако ретко, оспоравале. Драгутин Шошкић био је активни учесник у овим збивањима. Није правио компромисе у погледу својих идеја, али се увек залагао да факултет задржи свој морални и научни интегритет.

Драгутин Шошкић се бавио питањима марксизма и социјализма. Социјализам није преживео тржишну утакмицу с капитализмом и трку у развоју наоружања и технологије. Марксизам је заборављен, иако је питање праведности капиталистичког тржишта остало отворено до данашњег дана. Увек је лоша вест за сваког истраживача када му историја поништа предмет проучавања. Нема више самоуправљања и нема више расподеле према раду. Нема више ни професора Шошкића међу нама, али ће остати једна лепа успомена о њему. Био је „факултетски човек" у најбољем смислу те речи.

Др Борис Беговић*

ГАРИ БЕКЕР
(1930−2014)

Почетком маја ове године завршио се животни пут Гарија Бекера (Gary S. Becker), једног од најзначајнијих савремених економских теоретичара. Бекер се родио 1930. године, дипломирао је на Принстону, а магистрирао и докторирао на Чикашком универзитету. Осим краћег боравка на Колумбија универзитету, целу своју академску каријеру провео је на Чикашком универзитету. Нобелову награду добио је 1992. године за, како је тада наведено, „проширење области микроекономских истраживања на велики број различитих врста људског понашања и међусобних контаката, укључујући и понашања која се одвијају ван тржишта“.

Бекеров допринос науци није у томе што је пронашао нова оруђа економске анализе, већ у томе што је конвенционална, добро разрађена и веома делотворна оруђа те анализе применио на феномене на које пре њега нико није ни помишљао да их примени. Примена тих оруђа довела је до нових сазнања о анализираним феноменима – Бекер је применом оруђа економске анализе дошао до мноштва нових конзистентних теоријских резултата, који се емпиријски могу потврдити или оспорити (а мало их је оспорено). Тиме је економску науку увео у области које су до тада за њу биле забрањена зона. У такве „новоосвојене“ области економске анализе спадају, на пример, одређена понашање домаћинства, односно породице и њених чланова, одлуке у погледу склапања брака и развода, одлуке у погледу броја деце (фертилитет), расна, полна и верска дискриминација, криминал, политички процеси итд. На тај начин је Бекер створио својеврстан економски (методолошки) империјализам и постао и остао први командант те империје.

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *begovic@ius.bg.ac.rs*.

У неке за економску науку уобичајеним областима, Бекер је, такође коришћењем конвенционалних аналитичких техника те науке, увео нови приступ и на тај начин продубио наше разумевање феномена који су били предмет истраживања. Типичан пример за то је анализа понашања домаћинства, која се до Бекера заснивала искључиво на теорији потрошње и због тога одређене промене у понашању домаћинства економска наука није могла да објасни. Бекеров допринос лежи у томе што се сада промене понашања породице, односно домаћинства, у далеко већој мери могу разумети и објаснити променама цена и дохотка, дакле правим економским категоријама, уместо да се прст упире на егзогене, „метафизичке" промене преференција.

Бекеров научни приступ може се лепо сагледати у начину на који је преформулисао економску теорију понашања домаћинства, тако што је у њу укључио теорију производње и теорију инвестиција. У том контексту је поставио питање основног ресурса којим располаже породица. У складу с теоријом производње, време је основни ограничени ресурс домаћинства, који се може алтернативно употребити с циљем максимирања корисности. Не ради се, овде, о старој и у микроекономској теорији давно и добро познатој алтернативној употреби времена за рад и доколицу, већ о алтернативним употребама те „доколице" – она у Бекеровој теорији постаје радно време у специфичној производној функцији домаћинства, при чему чланови породице, производе тзв. основна добра, чијом потрошњом домаћинство ужива корисност. Људи (чланови домаћинства) постају основна средства (имовина) домаћинства-фабрике, а деца трајна потрошна добра која континуално генеришу услуге које улазе у функцију корисности њихових родитеља. Сва људска бића постају отелотворење (различитих нивоа) људског капитала. Уколико се неком учини да је овако нешто превише, па из моралних разлога (породица као фабрика, људи као основна средства, деца као трајна потрошна добра итд.) сматра да овакав приступ не треба толерисати, поставља се озбиљно питање – а да ли смо заиста спремни да спознамо основу људског понашања, како се људи заиста понашају и због чега је то тако?

Вероватно да је, посматрано из аспекта додирних тачака између економије и права, најзначајнији Бекеров допринос његова економска теорија криминала – допринос којим је зачета потпуно нова дисциплина економске науке. Полазећи од основних методолошких постулата економске науке, Бекер је приступио анализи криминала као анализи понашања појединаца. Стога је и било сасвим очекивано, доследно начелима методолошког индивидуализма, да су преступници, стварни или потенцијални, рационална бића, која одлуку о томе да ли ће учинити кривично дело доносе на основу рационалне калкулације којом могу одмерити очекивану корисност од чињења

кривичног дела и одговарајуће очекиване трошкове, при чему је кључна компонента очекивана вредност казне. Дакле, није реч о томе да кривична дела чине ирационалне особе, да њима треба да се баве психолози и психијатри, нити да су преступници пуке пасивне жртве према њима неправедног друштвеног окружења. Не ради се о неком егзогеном, „метафизичком" злу које обузима људе. Напротив, реч је о томе да је свако од нас одговоран за своје потезе, да свако од нас слободно одлучује о томе да ли ће учинити кривично дело или не. Није ничија судбина, записана у звездама, то што се упустио у криминал, већ је реч о низу појединачних слободних одлука. А свако треба да сноси последице (добре и лоше) сопствених одлука.

Овакав приступ враћа анализу криминала у домен рационалног, научног разматрања о подстицајима на које реагују појединци, што нам омогућава да боље разумемо овај сложени феномен. На нормативном плану, овакав приступ нам омогућава да рационално сагледамо које то државне политике утичу на ниво криминала, односно које су то државне политике којима се ниво криминала може умањити. Заиста, када постане јасно да диспропорционално велики број црнаца у САД чини кривична дела не због боје коже, односно некакве „расне генетске предодређености" за криминал, већ због ниског нивоа људског капитала који поседују, па стога ниских очекиваних приноса од бављења делатностима које су у складу са законом, онда је јасно да поспешивање школовања тог сегмента становништва постаје приоритет. Опет до изражаја долази то да нико није предодређен да буде криминалац, већ се само, на основу сопствених слободних одлука, понаша на тај начин.

Управио је томе, спознаји људског понашања Гари Бекер посветио свој академски живот. И омогућио нам је да боље разумемо људе. Није мала ствар за једног економисту.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Текстови се куцају ћирилицом и по правилу не треба да буду дужи од једног табака. Изузетно, максимални обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт Times New Roman 12.

Уколико текст пређе дозвољени обим, биће одмах враћен аутору на неопходно скраћивање. Рецензенти неће бити одређени све док дужина текста не задовољи предвиђени обим.

У горњем левом углу, пре наслова рада, наводи се академска титула, име и презиме аутора, а у пратећој фусноти која се означава звездицом, установа у којој је аутор запослен или друга афилијација, звање аутора и електронска адреса.

Текст намењен за рубрику „Чланци“ мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова (апстракт) и до пет кључних речи. На крају текста се налази резиме (summary) приближног обима и до пет кључних речи, са насловом рада на енглеском језику.

У интересу аутора је да наслов и кључне речи што верније и концизније одражавају садржај рада. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури и анонимним рецензијама.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италик словима (фонт 12), итд. са мањим фонтом.

Радови се предају у електронском облику.

За објављивање се предају искључиво оригинални радови, који не представљају део одбрањене тезе, објављене монографије или књиге, као и они који нису објављени или понуђени другом часопису. О томе аутор доставља изјаву приликом слања текста Редакцији. У супротном Редакција задржава право да с аутором прекине сваку будућу сарадњу.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика у погледу правописа, граматике и стила.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., p., pp., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 19943).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртом.

Пример: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

2. **Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига). Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања", *Анали Правног факултета у Београду* (*Анали ПФБ*) 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit.*, нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова a, b, c, d, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995а), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље" с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.

Пример: М. Петровић (1995а), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid.*

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница ibid, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid*., 69.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се назнака „eds." пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.", односно одговарајућа скраћеница у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg."). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са назнаком „ур." пре имена.

Пример: A. Buchanan, „Liberalism and Group Rights", *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

7. Прописи се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис мењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12, итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. се пишу курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану курзивом и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, *http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL AD(2007)004 e. asp*, 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети" користи се скраћеница „Вид.", а за „упоредити" се користи скраћеница „Упор."

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade

Year LXII, No. 1, 2014, pp. 1–272

UDC 34/35 ISSN 0003–2565

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна бибилиотека Србије, Београд

34 (497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of Law in Belgrade : Belgrade Law Review : Journal of Legal and Social Sciences / главни уредник Мирољуб Лабус. – Српско изд. – Год. 1, бр. 1 (1953)– . – Београд : Правни факултет, 1953– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Три пута годишње. – Трећи број на енгл. језику. – Преузео је: Annals of the Faculty of Law in Belgrade =
ISSN 1452-6557
ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514

НОВА ИЗДАЊА ЦЕНТРА ЗА ИЗДАВАШТВО И ИНФОРМИСАЊЕ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ, ЈАНУАР–ЈУН 2014. ГОДИНЕ

Библиотека *Уџбеници*

Драгош Јефтић, Драгољуб Поповић, *Народна правна историја*, пето издање, 308 стр.
Саша Бован, *Основи социологије права*, друго издање, 214 стр.
Љубомирка Кркљуш, *Правна историја српског народа*, шесто издање, 341 стр.
Миленко Крећа, *Међународно право представљања (дипломатско и конзуларно право)*, треће издање, 328 стр.
Ратко Марковић, *Уставно право*, деветнаесто издање, 584 стр.
Стеван Лилић, Мирјана Дреновак Ивановић, *Еколошко право*, друго издање, 271 стр.
Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, седмо издање, 771 стр.
Милан Пауновић, Борис Кривокапић, Ивана Крстић, *Међународна људска права*, треће издање, 365 стр.
Оливер Антић, *Наследно право*, дванаесто издање, 471 стр.
Милован М. Митровић, Данило С. Вуковић, *Основи социологије права*, 316 стр.
Марија Драшкић, *Породично право и права детета*, осмо издање, 439 стр.
Будимир Кошутић, Бранко Ракић, Бојан Милисављевић, *Увод у право европских интеграција*, треће измењено и допуњено издање, 293 стр.
Бојан Спаић, *Право и правда Хрестоматија*, 296 стр.
Стеван Лилић, *Управно право управно процесно право*, осмо издање, 631 стр.

Библиотека *Зборници*

Владан Петров, Оливер Николић, *Увод у право Француске*, 506 стр.
Јасминка Хасанбеговић, *Право и правда зборник*, 224 стр.
Приређивач Јовица Тркуља, *Мирко Косић личност и дело*, 532 стр.

Библиотека *Реторика и Антика*

Сима Аврамовић, Дејан А. Милић, *Примењена реторика 20 година такмичења у беседништву*, 188 стр.

Библиотека *Приручници за полагање правосудног испита*

Ратко Марковић, *Уставно право*, четврто осавремењено издање, 236 стр.
Зоран Стојановић, *Кривично право*, четврто измењено издање, 382 стр.
Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, према ЗКП из 2011. године, 519 стр.
Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, четврто издање, 115 стр.

Библиотека *Монографије*

Мирјана Дреновак Ивановић, *Приступ правди у еколошким управним стварима*, 286 стр.
Марко Божић, *Лаичка република*, 472 стр.

Библиотека *Crimen*

Ђорђе Игњатовић, *Методологија истраживања криминалитета*, друго измењено и допуњено издање, 269 стр.
Наташа Делић, *Нова решења у посебном делу КЗ Србије*, 258 стр.
Часопис *Crimen* бр. 1/2014. године, 116 стр.
Наталија Лукић, *Сузбијање организованог криминалитета компаративни приступ*, 172 стр.

Библиотека *Пословно право*

Мирјана Радовић, *Чување и администрирање (депозит) хартија од вредности*, 569 стр.

Библиотека *Анали*

Уредник: Мирољуб Лабус, Часопис *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2013. године.
Уредник: Мирољуб Лабус, Часопис *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3/2013. године.

У ОВОМ БРОЈУ: